

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume: 11

Sayı / Issue: 1

Bahar / Spring 2024

Genel Sayı / Number: 21



MEDİPOL
UNV-İSTANBUL
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

Künye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Journal of Istanbul Medipol University School of Law

ISSN: 2148-6883 e-ISSN: 2687-6663 DOI: 10.46547/imuhfd
Cilt / Volume: 11 Sayı / Number: 1 Bahar / Spring 2024 Genel Sayı: 21

Sahibi / Owner

İstanbul Medipol Üniversitesi adına / On behalf of Istanbul Medipol University
Prof. Dr. Ömer Ceran

Editör / Editors in Chief

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Turkey

ayse.nuhoglu@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-0536-6517

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcıları / Deputy Editors

Arş. Gör. Abdullah ERYİĞİT
Turkey

abdullahery@gmail.com
ORCID: 0000-0002-1757-0187

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üye. Abdullah Musab ŞAHİN
Turkey

asahin@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0001-6529-9179

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Beyza YİĞİTBASI AKTAŞ
Turkey

byigitbasi@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-1112-3474

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Rüveyda ÇELİK
Turkey

ruveyda.gunduz@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0003-0802-3349

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Melih KOÇ
Turkey

mkoc@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-3479-1010

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Merve İLDAN
Turkey

mildan@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-7087-4323

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Erkam YILMAZ
Turkey

erkamyilmaz@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0003-1245-4985

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İletişim / Correspondance

İstanbul Medipol Üniversitesi Kavacak Güney Yerleşkesi
Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz / İstanbul

Tel: +90 216 681 51 00

hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr

dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd / medipol.edu.tr/universite/yayinlar

Yayına Hazırlayan / Prepared for Publication by
Gökçe Erkan

Kapak / Cover
Levent Karabağlı - Medicomia

Grafik-Tasarım / Graphic-Design
Medicomia

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Akman, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. M. Akif Aydın, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Yavuz Atar, İbn Haldun Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cem Baygın, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nihat Bulut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Talat Canbolat, Milli Savunma Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayhan Döner, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nuray Ekşi, Özyeğin Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Helvacı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Macit Kenanoğlu, Türk Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mahmut Koca, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Şafak Narbay, Sakarya Üniversitesi, Sakarya, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. H. Eyüp Özdemir, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. İzzet Özgenç, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Sibel Özel, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal, Kastamonu Üniversitesi, Kastamonu, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cevdet Yavuz, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Harun Demirbaş, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Salih Önder Yeşiltepe, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Seçkin Nazlı, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Doç. Dr. / Assoc. Prof. Harun Eryiğit, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Doç. Dr. / Assoc. Prof. A. Ersin Bayra, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Levent Korkut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Sinan Seçkin, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi senede iki sayı yayımlanan, çift kör hakemli ve açık erişimli bir dergidir. Dergiye Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde makaleler kabul edilmektedir.

The Journal of Istanbul Medipol University School of Law is a biannual double-blind peer-reviewed open access journal. The Journal accepts articles in Turkish, English, German and French.

Tarandığı Dizinler / Indexing Services



Tarandığı Veri Tabanları / Abstracting Services



İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article - Hamdiye YILMAZ-İMRET
Kadına Karşı Şiddetin Bir Türü Olarak Israrlı Takip Suçu (TCK'nın 123/A Maddesi)
As a Form of Violence Against Woman the Crime of Stalking (Turkish Criminal Code Artical 123/A)..... 1

Araştırma Makalesi / Research Article - Muhammed Fatih TAŞÇI
Hâkim Atamalarındaki Usulsüzlüklerin Yasayla Kurulmuş Mahkemede Yargılanma Hakkına Etkisi: İlgili AİHM Kararlarının İncelenmesi
The Effect of Irregularities in the Appointment of Judges on the Right to a Tribunal Established by Law: A Review of the Relevant ECHR Judgments 25

Araştırma Makalesi / Research Article - Hüseyin Melih ÇAKIR
Zeytinliklerde Madencilik Faaliyetinin Yürütülmesine İlişkin Hukuki Bir Değerlendirme
A Legal Assessment of Mining Activities in Olive Groves..... 53

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article - Murat CANGÜL
Yayın Sözleşmesinde Yayınlatanın Yayımçı Zararına Tasarrufta Bulunmama Borcu
Duty of the Publisher not to Act to The Detriment of the Author in the Publishing Agreement..... 87

Araştırma Makalesi / Research Article - Sevil DOĞAN
Sosyal Güvenlik Hukukunda Sigortalının İşe Gidiş Geliş Sırasında Geçirdiği Kazalar
Accidents of the Insured During Transportation to and from Work in Social Security Law 123

Araştırma Makalesi / Research Article - Alper ÖZBOYACI & Çağlar Burak BURTAN
Türk Ticaret Kanunu Geçici Madde 7 Tecrübesiyle İlgili Olarak Doktrinel Görüşleri, Yargı Kararlarını ve Saha Çalışmasını Yansıtan Bütüncül Bir Bakış Açısı
A Holistic Perspective Reflecting Doctrinal Opinions, Judicial Decisions and Field Study Regarding the Experience of Provisional Article 7 of the Turkish Commercial Code..... 153

Araştırma Makalesi / Research Article - Funda IŞIK & Emre YÜKSEL
Hukuki Açından Sağlık Turizminde Tanıtım ve Reklam
Promotion and Advertising in Health Tourism with a Legal Perspective..... 205

Araştırma Makalesi / Research Article - Hatice Duygu ÖZER & Fatma Nazlıcan ALPSOY

Çocuk İşçiliğinin Yeni Görünümü: Kidfluencer

The New View of Child Labour: Kidfluencer 241

Araştırma Makalesi / Research Article - Meryem SOLMAZ BİLİCİ

İsviçre Bankacılık Kanunu'ndaki Değişiklikler Çerçevesinde Bankaların Kripto Para Kabulü ve Mevduat Sözleşmesi ile İlişkisi

Banks' Acceptance of Cryptocurrency within the Framework of the Amendments to the Swiss Banking Law and its Relationship with the Deposit Agreement 275

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Kadına Karşı Şiddetin Bir Türü Olarak Israrlı Takip Suçu (TCK'nın 123/A Maddesi)*

As a Form of Violence Against Woman the Crime of
Stalking (Turkish Criminal Code Artical 123/A)

Hamdiye YILMAZ-İMRET**

ÖZ

Çalışmamızda TCK'nın 123/A maddesi ile yeni bir suç tipi olarak Türk Ceza eklenen ısrarlı takip suçunun incelenmesine çalışılacaktır. Yapılan düzenleme ile kadına karşı şiddetin ön aşaması olan kişiyi ısrarlı bir şekilde takip etme, rahatsızlık verme gibi eylemler suç olarak düzenlenmiştir. Çalışmamızda “ısrarlı takip” kavramının hukuki niteliği ve açıklanacak; ısrarlı takip suçunun, Türk hukukunda ve diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde yer alan düzenlemelerden örnekler verilecektir. Bu çalışmamızda, Türk hukukunda yeni bir suç tipi olan ısrarlı takip suçu genel hatlarıyla ele alınacaktır.

Anahtar kelimeler: İsrarlı takip, ısrarlı takip suçu, taciz, huzur ve sükununu bozma, kadına karşı şiddet.

ABSTRACT

In our study, we will try to examine the crime of stalking, which is added as a new tipe of crime in article 123/A of the Turkish Penal Code. Through the penal code, actions such as persistently following the person, which is the pre-stage of violence against women, and inconvenience are regulated as crimes. In our stady, we will explain the legal nature of stalking and regulation in Turkey law and the other countries Since it is still a new type of crime, in our study, crime will be tried to be examined in its aspects.

Keywords: Stalking, crime of stalking, harrassment, disturb peace and quiete, violence against women.

* Makale gönderim tarihi: 15.10.2023. Makale kabul tarihi: 28.11.2023, Hamdiye Yılmaz-İmret, “Kadına Karşı Şiddetin Bir Türü Olarak İsrarlı Takip Suçu (Tck'nın 123/A Maddesi)”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2024, s.1-23, DOI: <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2024.11.1.3>.

** Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, [ORCID](https://orcid.org/0000-0003-3128-2605) 0000-0003-3128-2605

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

Giriş

Israrlı takip suçu 5237 sayılı TCK'nın hürriyete karşı suçların düzenlendiği ikinci kısmının yedinci bölümünde TCK'nın 123/A maddesinde düzenlenmiştir. Israrlı takip suçu, ceza kanununa 12.05.2022 kabul tarihli 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 8. Maddesi ile eklenmiştir.

Toplumumuzda özellikle kadına karşı şiddet olaylarının artmasıyla birlikte, ihtiyaç ısrarlı takibin suç olarak düzenlenmesi ihtiyacı doğmuştur. Üzerine söz konusu ısrarlı takip suç olarak düzenlenmiştir. Yapılan cezai düzenlemede, suçun ancak kadınlara karşı işlenebileceği özellikle belirtilmemiş olsa da; suçun kadına karşı şiddetin önlenmesi amacıyla düzenlendiği madde gerekçesinde belirtilmiştir.

5237 sayılı TCK'nın 123/A maddesi ile suç kapsamına alınmış olan ısrarlı takip suçu ile; esas itibariyle kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlalinin engellenmesi, kişilerin huzur ve sükununun korunması amaçlanmaktadır. Israrlı takip suçu ile mağdurun kendisini güvensiz hissetmesi ve duyduğu korku sebebiyle özgürlüğünün sınırlandırılmasının önüne geçilmek hedeflenmiştir. Buna göre; ısrarlı takip suçu ile; bir kişinin çeşitli araçlarla ve ısrarlı bir şekilde temas kurulmaya çalışılarak huzurunun bozulması engellenmeye çalışıldığını belirtmemiz gerekmektedir.

Israrlı takip; birçok Avrupa ülkesinin mevzuatında suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç; ilk olarak 1933 yılında yapılan yasal düzenleme ile Danimarka'da suç olarak düzenlenmiştir.¹ Bundan sonra 1997 yılında İrlanda, 1998 yılında Belçika, 2000 yılında Hollanda, 2006 yılında Avusturya, 2007 yılında Almanya ceza kanunlarında ısrarlı takip suç olarak düzenlenmiştir. Bu ülkelerin dışında, Fransa, İsveç ve Slovenya ceza kanunlarında doğrudan bir düzenleme bulunmamakla birlikte "ısrarlı takip" kavramına yer verilmiştir². Ülkemizde de, TCK'da söz konusu cezai düzenlemesinin yer almamasının bir eksiklik olduğu değerlendirilerek madde ihdası yoluna gidilmiştir. Kanaatimizce yapılan bu düzenleme kadına karşı şiddetin önlenmesinde caydırıcı, yararlı ve etkili olacaktır. Ancak sorunun çözümü açısından yeterli olmayacağını belirtmemiz gerekmektedir.

I. Israrlı Takip Kavramı ve Genel Olarak Israrlı Takip Suçu

1 Laura De Fazio, *The Legal Situation on Stalking Among The European Member States*, s. 231, Springer Science+ Business Media B.V. 2009.

2 Recep Doğan, "Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu," *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 2014, Sayı 2, s. 148.

Israrlı takip kelimesi İngilizce’de “stalking” şeklinde ifade edilmektedir. Israrlı takip, bir kişinin rızası bulunmadan sürekli bir şekilde gözetlenmesi anlamını taşımaktadır. Kelime köken olarak avcılık faaliyetine dayanmakta olup, avcının avını dikkatle ve sessizce ürkütmeden ona yaklaşarak avlamasından ileri gelmektedir ³.

İngilizce “stalking” kavramı ise sözlükte; “bir kişiye saldırmak veya birini yakalamak, öldürmek için takip etmek” şeklinde açıklanmış iken; Türkçe’de “musallat olmak, dadanmak, sırnaşmak” olarak çevrilmesi mümkündür. Bu kavramın hukuka aykırılığın yeni ve özel bir türü olarak son zamanlarda ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Ancak kavramın tanımı ve kapsamı ile ilgili farklı görüşler ve aynı zamanda farklı tanımlamalar bulunmaktadır ⁴. Israrlı takip kavramı ilk ortaya çıktığı dönemlerde, Amerika, Kanada ve İngiltere gibi ülkelerde magazin gazeteciliğinde, ünlü kişilerle iletişim kurmaya çalışan ta-kıntılı hayranların idol olarak gördükleri bu kişileri takip etme çabalarını ifade etmek için kullanılmaktaydı. Israrlı takip kavramını ceza hukuku açısından; fail tarafından, mağdurun istememesine rağmen, kendisine veya yakınına yönelik olmak üzere ısrarlı bir şekilde araçla, iletişim yoluyla, sözle, hareketle veya hukuka aykırı başkaca bir davranış gerçekleştirilerek, hukuken korunan bir hakkın güvenliği konusunda mağdurun korku duymasına yol açan, rahatsızlık veren veya tehditkâr fiiller olarak tanımlamak mümkündür ⁵. Burada belirtmemiz gerekir ki; mağdura yapılan söz konusu davranışlar neticesinde bu tehdit ve korkunun mağdur tarafından algılanmasının gerekip gerekmediği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre; söz konusu fiillerin hayatın olağan akışına göre standart bir insanda korku yaratacak ölçüde olması yeterli görülmelidir. Bir diğer görüşe göre ise; mağdurun subjektif olarak korkmuş olması yani hareketin mağduru korkutmaya elverişli olması gerekliliğini de araştırmak gerekmektedir ⁶.

Kanaatimizce, burada özel olarak mağdurun korku duyup duymadığını ayrıca araştırmaya girmek suçu bağlamından koparacaktır. Zira burada hareket noktasının mağdurda korku oluşup oluşmamasından ziyade, süreklilik arz

3 Süleyman Özar, “Israrlı Takip Suçu (TCK m 123/A),” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2022, 1397-1430, s.1400,

4 Alper Uyumaz, İdris Akdağ, “Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı ile Israrlı Takip Mağdurunun Korunması” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, 2015, Sayı 2, s. 52.

5 Özlem Yenerer Çakmut, Israrlı Takip (Stalking) Kişinin Huzur ve Sukununu Bozma ve Türk Ceza Hukuku Bakımından Genel Değerlendirme, <https://balikesirbarosu.org.tr/medya/balikesir-barosu-dergisi-sayi-1>

6 Alparslan Dereli, “Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) Kavramı ve Suçu”, *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan*, Editör: Prof. Dr. Mahmut Koca, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 1365.

eden fiiller sebebiyle huzurunun etkilenmesi ve güven hissinin ortadan kalmasıdır. Bunun için de sübjektif bir araştırmaya girmek yerine ortalama bir insanın üzerinde yaratacağı etki nazara alınarak değerlendirme yapılması suç politikası ve kanunun konuluş amacına daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Sübjektif araştırmalara girmek suçu bağlamından çıkaracak ve aynı zamanda birtakım fiillerin cezasız kalması sonucunu doğuracaktır. Zira suçun oluşup oluşmadığında belirleyici unsur fiil iken; böyle bir araştırmaya girilmesi halinde belirleyici olarak fiilden hareket etmek yerine psikolojik analiz yapmak suretiyle suçun oluşumu değerlendirilecektir. Bu da ceza kanunu mantığı ve suçun düzenlenme amacına aykırılık oluşturacaktır. Ancak suçun işleniş biçimi, suçun uzun bir süre boyunca işlenmeye devam edilmesi mağdurun hayatını çekilmez hale getirmesi, mağdurun psikolojik olarak olumsuz etkilenmesi ve bu psikolojik yıkımın gelecekteki hayatını etkilemeye devam edecek olduğu durumlarda, bu durumun ayrıca ceza miktarının belirlenmesinde hakim tarafından dikkate alınmasının gerekmektedir.

Henüz yeni bir suç tipi olması sebebiyle Yargıtay'ın bu konudaki görüşünü tam olarak bilemesek de; ısrarlı takip suçuna benzer olan ve ısrarlı takip suçunun unsurlarının bazılarını içerisinde barındıran kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu ile ilgili içtihatlarda suçun oluşumu için failin; kanun metninde yazılı bulunan telefon etme, gürültü yapma ya da aynı maksatla hukuka aykırı bir davranışta bulunma fiillerini bir kez yapmasının yeterli olmadığı, eylemin ısrarla tekrarlanması, süreklilik arz etmesi ve sırf kişilerin huzur ve sükununu bozma saiki ile işlenmesi aranmakta ise de; burada özel saik aranması madde metninin düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Israrlı takip suçu ile ilgili belirtilen şekilde bir düzenleme yer almadığına göre objektif yönden değerlendirme yapılması yerinde olacaktır ⁷.

Türk hukukunda ısrarlı takip suçunun düzenlenmesinde önemli etkisi bulunması sebebiyle; Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinden de söz etmek gerekmektedir (bundan sonra İstanbul Sözleşmesi olarak anılacaktır.) Sözleşmenin 34. maddesinde ısrarlı takip kavramı, “başka bir şahsa yönelik olarak gerçekleştirilen ve bu şahsı, şahsın kendisini güvende hissetmesini önleyecek

7 *Yargıtay 4. CD. 2020/14686 esas, 2021/15533 karar sayılı kararı; Yargıtay 4. CD. 2018/6322 esas, 2020/1085 karar sayılı kararlarında ve birçok başka kararlarında kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun oluşumu için özel saik aranmasının sebebinin kanunun lafzından kaynaklandığı ifade edilmiştir. Israrlı takip suçu açısından kanun maddesinde özel bir saik ile hareket şartı aranmadığından henüz yeni bir suç tipi olması sebebiyle içtihat bulunmasa da; objektif değerlendirmenin esas alınacağını ifade edebiliriz. (Çalışmamızda yer verilen tüm Yargıtay kararları UYAP portal üzerinden hakim ekranından alınmıştır.)*

şekilde korkutacak, kasıtlı bir biçimde tekrarlanan tehditkâr davranışlar” şeklinde tanımlanmıştır ⁸. Belirttiğimiz tanımlamaların ortak noktasının davranışların tekrarlanarak gerçekleşmesi gerekliliği ile kişinin güvende olduğu hissinin zedelenmesi olduğunu söylemek mümkündür.

Türkiye'nin yakın zamanda taraf olmaktan çekildiği, İstanbul Sözleşmesi'nin imzalanmasıyla birlikte sözleşme hükümleri ile getirilen yükümlülüklerin sağlanması amacıyla 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanununun 1. maddesinde ısrarlı takip kavramı kullanılmış ve kanunun uygulanma yönetmeliğinde ısrarlı takip kavramının tanımı yapılmıştır ⁹. Buna göre; yönetmelik m.3/1-ş'de tek taraflı ısrarlı takip; “Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranışı” kapsayacağı şeklinde ifade edilmiştir ¹⁰.

İsrarlı takip kavramının birbirinden farklı tanımlamaları olmakla beraber; bu kavramın yapılan tüm tanımlamalarında özellikle vurgulanan unsur; fiilin süreklilik arz etmesi olduğunu ifade etmemiz gerekmektedir. Uygulama yönetmeliğinde yapılan tanımlamadan da görüleceği üzere; ısrarlı takibin mağduru ile faili arasında bir akrabalık veya yakınlık bulunması şartı aranmamaktadır. Bununla birlikte süreklilik arz eden birtakım davranışlar sonucunda; kişiye karşı cinsel taciz, kişinin huzur ve sükununun bozulması suçlarının oluşması mümkün olduğu gibi ısrarlı takip suçunun da oluşması mümkündür. Burada suçlardan hangisine göre failin cezalandırılacağı hususu önem taşımaktadır. Zira TCK' da ısrarlı takip suçunun düzenlenmesinden önce de benzer fiillerin cezalandırılması söz konusuydu. Bu nedenle çalışmamız içerisinde failin hangi hareketlerinin bu suçların hangisine vücut vereceği konusu Yargıtay kararlarından da yola çıkılarak ayrıca açıklanmaya çalışılacaktır.

İsrarlı takip oluşturan fiillerin yapısında genel olarak üç unsurun bulunduğunu söylemek mümkündür. Buna göre, mağdurun istemediği ve rahatsız olduğu davranışta bulunmak, bu davranışın açık veya zımni olarak tehdit içermesi ve bu davranışların ortalama makul bir insanda korku ve endişeye yol

8 İstanbul Sözleşmesi - İstanbul Sözleşmesi (istanbulsozlesmesi.org)

9 Hilal Karakaş Eker, *İsrarlı Takip Suçu*, <https://www.hukukihaber.net/ısrarli-takip-sucu-makale,10067.html>

10 *6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanununa İlişkin Uygulama Yönetmeliği*, Resmi Gazete Yayınlanma tarihi:18.01.2013, Sayı:28532, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130118-2.htm>

açmasıdır. Bununla birlikte bir kişinin diğerini rahatsız etmesi, şiddet uygulanması, takip etmesi veya taciz etmesi için bu fiillerin bilerek ve isteyerek yapılması gerekmektedir ¹¹.

5237 sayılı TCK'nın 123/A madde gerekçesine bakıldığında, bu suç düzenlemesi ile kişinin maddi, manevi kişiliğine ve vücut bütünlüğüne yönelik olarak ağır bir tehdit oluşturacak fiillerin meydana gelmesinin önlenmesi ve özellikle kadına yönelik şiddet ile daha iyi mücadele edilebilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir ¹². Dolayısıyla, bu suç tipi ile kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, hürriyeti, huzur ve sükununun bir bütün olarak korunmasının amaçlandığını ve suçta korunan hukuki değerlerin de bir bütün olarak bu değerlerden oluştuğunu söylemek mümkündür. Madde gerekçesinde; ısrar kavramının tanımı yapılarak *"İsrar, bir düşüncede veya davranışta ayak direme, üsteleme anlamına gelen bir sözcük olup, maddede belirtilen hareketlerin tekrarlanarak yapılmasını ifade etmektedir."* şeklinde açıklanmıştır. Bu nedenle suçun oluşumu için, failin haksızlık oluşturan fiilini makul sayılmayacak ölçülerde gerçekleştirmesi fiilin ısrarlı şekilde gerçekleştirildiğinin kabulü için gerekmektedir.

TCK'da yer verilen ısrarlı takip düzenlemesi genel olarak Avrupa ülkelerindeki ısrarlı takip suç düzenlemesi ile paralellik göstermektedir.

Alman Ceza Kanunu m.238'de ısrarlı takip suçu; "(1)Her kim, diğer bir kişiyi, yetkisi olmaksızın izleyerek, ısrarlı bir şekilde, 1. Yakınındaki yerlere gider, 2. Telekomünikasyon araçlarını veya sair haberleşme araçlarını veya üçüncü kişileri, onunla temas kurmayı sağlamak üzere kullanarak, girişimlerde bulunur, 3.bu kişiye ilişkin verileri kötüye kullanarak, onun adına mal veya hizmet ısmarlar veya üçüncü kişilerin onunla temas kurmasına sebebiyet verir, 4. Onu veya onun yakını olan bir kişiyi hayat, vücut bütünlüğü, sağlık veya özgürlüğünü ihlal etmekle tehdit ederse veya, 5. Sair benzer bir fiil gerçekleştirir, bu şekilde bu kişinin sürdürdüğü, hayat tarzını şekillendirmesini, ağır bir şekilde bozarsa, üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.(2) Eğer fail mağduru, mağdurun aile mensuplarından birini veya mağdurun yakınlarından birini, işlediği fiil ile ölüm tehlikesi veya sağlığının ağır bir şekilde bozulması tehlikesine düşürürse üç aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmedilir. (3)

11 Uyumaz, Akdağ, s. 55.

12 <https://www5.tbmm.gov.tr//sirasayi/donem27/yilo1/ss323.pdf>, erişim tarihi: 05/12/2022. Madde gerekçesinde; "Maddeyle, 5237 sayılı Kanuna yeni bir madde eklemek suretiyle, ısrarlı takip olarak nitelendirilen fiiller müstakil bir suç haline getirilmektedir. Böylelikle, mağdurun maddi ve manevi kişiliğine veya vücut bütünlüğüne yönelik daha ağır fiiller ortaya çıkmadan önceki aşamada ısrarlı takip fiillerinin orantılı bir yaptırıma bağlanması amaçlanmaktadır. Düzenlemeyle, özellikle kadına yönelik şiddet içeren suçlar işlenmeden önce ısrarlı takip fiilleriyle etkin mücadele edilmesi ve mağdurların korunması hedeflenmektedir. ..." şeklinde ifade edilmiştir.

Fail, gerçekleştirdiği fiil ile mağdurun, onun bir aile mensubunun veya mağdura yakın kişilerden birinin, ölümüne neden olursa, bu takdirde hapis cezası bir yıldan on yıla kadardır. (4) Fiil, 1'inci fıkraya giren hallerde, sadece şikâyet üzerine soruşturulur veya kovuşturulur; ancak soruşturma ve kovuşturma makamları, ceza takibindeki özel kamu yararından dolayı resen harekete geçmeyi gerekli görürse, kendiliğinden kovuşturma hakkı saklıdır.” şeklinde düzenlenmiştir¹³.

Alman CK'da yer alan düzenleme de TCK'da yer alan düzenleme ile benzer olmakla birlikte Alman CK da suçun daha kapsamlı şekilde düzenlendiğini söylemek mümkündür. Özellikle suçun basit şeklinin soruşturma ve kovuşturmasının genel itibarıyla şikâyete tabi kılınmasına rağmen suçun takibinde özel kamu yararı bulunduğu değerlendirilmesi halinde re'sen soruşturma yetkisinin soruşturma makamlarına verilmesini yerinde bir düzenleme olarak görmekteyiz. Zira bu suç düzenlemesindeki esas amacın genellikle saldırıya maruz kalan kadının korunması olduğunu ifade etmiştik. Bu nedenle işlenen suçun soruşturulmasında her zaman sadece bireysel yarar değil; aynı zamanda kamusal yarar da bulunduğu durumlarda re'sen harekete geçilmesi suç politikası ve suçun işlenme oranlarının azalmasında da etki göstereceği muhakkaktır. Bunun dışında suçun işlenmesi sebebiyle mağdur veya yakınlarından birinin ölmesi durumu için özel bir ceza hükmü düzenlemesi getirilmesinin de yerinde olduğu kanaatindeyiz. Bu hükmün taksirle ölüme sebebiyet verilmesi durumu için getirilmiştir. Her ne kadar aynı fiil ile birden fazla kişinin ölümüne sebebiyet verilmesi hali ile ilgili bir düzenleme getirilmemesi eksiklik olarak değerlendirilebilir ise de; ısrarlı takip sonucu ölüme sebebiyet verilmesinin ayrıca suç olarak düzenlenmesi ve daha ağır bir yaptırıma bağlanmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz. Türk ceza kanununda da taksirle ölüme sebebiyet verme suç düzenlemesine ağırlaştırıcı bir hal olarak veya Alman CK da olduğu gibi ısrarlı takip suç maddesi düzenlemesinde benzer bir maddeye yer verilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

İtalyan Ceza Kanununda ise; ısrarlı takip suçu “kişi Özgürlüğü Aleyhine Suçlar” başlığını taşıyan “Manevi Özgürlüğe Karşı Suçlar” arasında tehdit suçunu düzenleyen 612. maddeye eklenmiştir. Birçok kez değişikliğe uğramış olmakla beraber, 2019 yılında yapılan değişiklikten sonraki hali ile ısrarlı takip suçu, “Fiil daha ağır bir suç teşkil etmediği takdirde, her kim, tekrar eden davranışlarla, tehdit veya taciz etmek suretiyle mağdurda süregelen ve ağır bir kaygı veya korku durumu oluşmasına veya mağdurun kendisinin, yakın bir akrabasının veya duygusal olarak bağlı olduğu bir kimsenin güvenliğinden makul korku

13 Ali Emrah Bozbayındır, Murat Önok, “Alman ve İtalyan Ceza Hukukunda İsrarlı takip Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, 1, s.322.

duymasına yol açar veya mağduru yaşama alışkanlıklarını değiştirmeye mecbur kılar, bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir¹⁴. İtalyan CK. yer alan bu düzenlemenin ceza hukukunun genel ilkelere açısından bakıldığında belirlilik ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz. Zira düzenlemede genel ifadeler kullanılmış ve tipikliği oluşturan fiillere ilişkin belirleme yapılmayarak “kaygı”, “korku” uyandırmak gibi genel ifadelere yer verilmiştir. Israrlı takip suçuna ilişkin kanuni düzenlemelerin tümü açısından ortak olan unsurun, fiillerin tekrarlanması olduğunu ifade etmemiz gerekmektedir.

II. Suçta Korunan Hukuki Yarar

Israrlı takip suçunda korunan hukuki yarar; kişinin ifade özgürlüğü, güvenliği ve huzurudur. Hürriyete karşı suçlar arasında düzenlenmiş olmasından da yola çıkarak ısrarlı takip suçu ile kişinin özgürce hareket etme, rahatsız edilmeden karar verebilme özgürlüğünün ve huzurunun korunmasının amaçlandığını ifade edebiliriz.

III. Suçun Unsurları

A. Tipikliğin Maddi ve Manevi Unsurları

1. Suçun Konusu, Mağduru ve Faili

Suçun konusu kavramı ile ifade edilen; “hareketin yöneldiği kişi ya da şey”dir¹⁵. 5237 sayılı TCK'nın m 123/A'da yer alan ısrarlı takip suçunun konusu genel olarak özgürlük, güvenlik ve huzuru ihlal edilen kişi veya kişilerdir. Suçun mağduru konusunda ise, bir özelleştirme yapılmamıştır. Dolayısıyla bu suçun mağduru herkes olabilecektir. Her ne kadar madde gerekçesinde, kadına yönelik şiddetin azaltılmasının hedeflendiği ifade edilmiş ise de kanun metninde suç mağdurunun sadece kadınlar olabileceğine dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak suçun belli kişilere karşı işlenmiş olması, suçun ağırlaştırıcı halleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre; kanunun 2/a maddesi gereğince suçun çocuklara karşı, hakkında ayrılık kararı verilen eşe karşı veya boşanılmış olan eşe karşı işlenmesi hali failin daha fazla cezalandırılmasını gerektiren nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.

Kanun maddesi ile suçun faili açısından da bir özelleştirme yapılmamış olması sebebiyle suçun herkes tarafından işlenebileceğinin kabulü gerekmektedir. Ancak belirtmemiz gerekmektedir ki; suçun hakkında ayrılık kararı verilen eş veya boşandığı eşe karşı işlenmesi durumunda; söz konusu ağırlaştırıcı halin uygulanabilmesi için failin, mağdurun eşi veya boşandığı eşi olması gerek-

14 Bozbayındır, *Önok*, s. 340.

15 Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 23. Baskı, Ankara 2020, s. 144.

tedir. Burada eş kavramı ile ifade edilen Medeni Kanun hükümleri gereğince; resmi nikah yoluyla kurulan evlilik bağıdır. Suçun mağdurunun ve failinin herkes olabileceği kabul edilmekle birlikte; belirtilen nitelikli halin uygulanmasında da gerek failin gerekse mağdurun kimliği açısından özelleştirme yapılmıştır.

Failin hakkında uzaklaştırma veya mağdurun konut, okul veya işyerine yaklaşmama tedbirine hükmedilen kişi olması halinde de failin kimliği, suçta ağırlaştırıcı halin uygulanması sonucunu doğuracaktır. Burada önem arz eden husus bu ağırlaştırıcı hal düzenlemesinde; hem mağdurun hem de failin kimliğinin önem taşımasıdır. Bu ağırlaştırıcı halde fail, hakkında uzaklaştırma veya yaklaşmama tedbir kararı verilen kişi iken; mağdur ise, verilen bu tedbirler ile korunmak istenen kişidir. Dolayısıyla bu ağırlaştırıcı halin uygulanması açısından mağdurun lehine tedbir verilerek koruma altına alınan kişi olması şartı aranacaktır. Bu hususlardaki daha geniş açıklamalara suçun nitelikli hallerini incelediğimiz bölümde yer verilecektir.

2. Fil

Israrlı takip suçu bağı ve seçimlik hareketli bir suç tipidir. Seçimlik hareketli suçlar, suçun kanuni tanımında birbirinin alternatifi olarak yer verilen hareketlerden birisi ile işlenebilen suçlardır. Bununla birlikte kanunda belirtilen seçimlik hareketler dışında başkaca hareketler ile suçun işlenmesi mümkün değildir. Zira seçimlik hareketli suçlarda suçun oluşumu kanunda belirtilen seçimlik hareketlerin işlenmiş olmasına bağlı tutulmuştur¹⁶. Seçimlik hareketli suçta belirtilen hareketlerin hepsinin yapılması halinde dahi birden fazla suç olduğu söylenemez. Bu durumda ortada tek suç bulunduğu kabul edilecek ve fail tek bir suç dolayısıyla cezalandırılacaktır. Ancak hakimın failin cezasında bireyselleştirme yaparken TCK'nın 61. maddesinde belirtilen hususları da dikkate alarak alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle cezayı belirlemesi gerekecektir¹⁷.

Bağı hareketli suç ise; suçun hareket şeklinin yani hareketin nasıl olması gerektiğinin kanun maddesi ile belirtilmiş olduğu suç tipidir. Kanun maddesinde hangi hareketlerle suçun işlenebileceği özellikle belirtildiği için, suçun başka şekilde işlenmesi mümkün kabul edilmemektedir¹⁸.

Israrlı takip suçunun, mağdurun ısrarlı bir şekilde fiziken takip edilmesi veya haberleşme ve iletişim araçlarının kullanılması, bilişim sistemleri veya

16 Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 122.

17 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 13. Baskı, Ankara 2019, s. 319.

18 Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2020, s. 227.

üçüncü bir kişinin vasıta olarak kullanılması şeklindeki seçimlik hareketlerden biriyle işlenmesi mümkündür¹⁹. Ancak belirtilen seçimlik hareketlerin hangisi yapılırsa yapılınsın bunların “*ısrarla*” yapılması şartı aranacaktır²⁰.

Israrlı takip suçunun oluşumu için mağdurun mutlaka peşinden gidilerek takip edilmesi gerekmemektedir. Takip olgusu ile ifade edilmek istenen; failin değişik zamanlarda ve değişik yerlerde mağdurun karşısına çıkması, ona yaklaşmaya çalışması ve kendisini yaptığı bu hareketlerle mağdura sürekli olarak görünür kılmasını da kapsamaktadır. Madde gerekçesinde de; ifade edildiği üzere; işyeri, okul, çarşı, pazar ve benzeri yerlerde sıklıkla fail tarafından mağdurun karşısına çıkılması veya takip edildiğinin hissettirilmesi ya da meskeninin önünde, sokağın girişinde beklenmesi gibi fiillerin ölçüsüz bir şekilde devam etmesi ve bunların ısrarla tekrarlanması durumunda da fiziki takibin bulunduğu kabul edilecektir.

Suçun fiziki takip dışında işlenebileceği diğer seçimlik hareketler; iletişim araçları ve bilişim sistemlerinin veya üçüncü kişinin kullanılması suretiyle mağdur ile temas kurulmaya çalışılmasıdır. İletişim araçları ile bilişim sistemlerinin kullanılmasının seçimlik hareket olarak belirlenmesinde; teknolojiye meydana gelen hızlı gelişme ve ilerlemeler sonucunda insanlar arasında sanal iletişim ağlarının kullanılmasının artması nazara alınarak; çağa uygun bir suç düzenlemesine yer verilmesi düşüncesinin etkili olduğu kanaatindeyiz. Zira gerek iletişim araçlarının sıklıkla ve yoğunlukla kullanımı, gerekse bu araçlarla kişilerin birbirini takip etmesi ve bağlantı kurmasının kolay olması sebebiyle suçun bu araçlarla işlenmesi yaygınlaştırmıştır. Suçun işlenmesinde kullanılacak iletişim ve bilişim araçlarına kanunda bir sınırlama getirilmemiştir. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere; mektup, faks, kısa mesaj veya e-posta gönderme ya da telefon etmenin yanı sıra internet üzerinden oluşturulan programlar, uygulamalar ve sosyal mecralar aracılığıyla da işlenmesi mümkündür.

Israrlı takip suçunun diğer kişilerin kullanılması suretiyle işlenmesi de kanunda bir diğer seçimlik hareket olarak düzenlenmiştir. Suçun işlenmesinde kullanılan kişiler genellikle mağdurun yakın çevresinde yer alıp mağdur ile iletişim kurması daha kolay olan kişiler olmaktadır. Ancak bununla birlikte mağdurun yakını olmayan kişilerin bu suçun işlenmesi için mağdura yaklaşmakta kullanılması da mümkündür. Burada suçun oluşumu için önem arz eden durum, failin mağdur ile yüz yüze, iletişim araçları ile veya üçüncü bir kişi aracılığı ile temas kurarak; bu fiilini ısrarlı bir şekilde sürdürmesidir.

19 Özar, s. 1407.

20 Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2020, s. 489.

Suçta aranan “ısrar” unsurunun oluştuğunun kabulü için, mağdurun iradesine karşı bilinçli olarak aykırılık teşkil eden davranışların yapılması ve/veya mağdurun arzusuna kayıtsız kalınarak onun menfaatini ihlal eden davranışın tekrarlanması gerekmektedir. Yasaklanmış olan söz konusu davranışların uzun sayılamayacak zaman aralıklarında tekrarlanması ve aralarında amaç birliği bulunması halinde fiilin ısrarla gerçekleştirildiği kabul edilecektir. Ancak yasada özel bir düzenleme bulunmadığından hareketin sayısı ve tekrarlanma sıklığı konusunda genel bir sayı vermek mümkün bulunmamakla birlikte; fiilin en az iki kez gerçekleştirilmesi gerektiğini söylemek mümkündür²¹. Ancak her somut olayın özelliklerine göre fiilin değerlendirmesinin yapılması gerekmektedir. Buna göre; her somut olayda failin ısrarlı hareket ettiğinin kabul edilmesi için, aynı hareketin birden çok defa yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Seçimlik hareketlerden birini veya birkaçını farklı yer ve zamanda tekrarlaması halinde de ısrarın varlığı kabul edilecektir. Burada hakim somut olayın özelliklerine göre ısrar unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmesi gerekmektedir.²²

Kanunda ısrarlı takip oluşturacak fiiller konusunda bir sınırlama getirmediği için birçok farklı şekillerde suçun işlenmesi mümkündür. Örneğin; failin mağdurun bulunduğu yerlere sürekli gelerek ona gözükmesi, mağduru sürekli telefonla araması, mağdurun işyeri giriş çıkışları ile eve giderken mağduru takip etmek, mağdura istemediği halde hediyeler alıp göndermek, mağdurun kendisini görebileceği şekilde beklemek gibi fiillerin müteakip defalar tekrarlanmasını gösterebiliriz²³.

21 Ümit Kocasakal, “Kişiler Huzur ve Sükununu Bozma Suçu” *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/2, s. 134- 137.

22 *Yargıtay 9. CD. 2021/15311 esas, 2023/447 karar*, “...Olay günü katılan mağdure Fatma'nın köyüne yaya olarak gittiği sırada, sanığın kullanmış olduğu 28 TR (...) plaka sayılı araç ile peşinden yavaş yavaş giderek takip etmeye başladığı, yanına yaklaşarak mağdureye hitaben “Tanışabilir miyiz, seni nereye gideceksen oraya kadar götürüyüm” dediği, ardından mağdurenin “Yok” demesine rağmen sanığın, mağdureyi aracıyla takip etmeye devam ettiği yanından geçerken kornaya bastığı, tekrar ilerden dönüp yine mağdurenin arkasından takip etmeye devam ettiği bu şekilde üç kez mağdurenin yanından geçerek korna basarak sanığın, araç ile mağdure Fatma'yı ısrarla takip edip” şeklindeki eyleminde ısrar unsurunun gerçekleştiğini kabul etmiştir. *Yine Yargıtay, 14. CD. 2015/6195esas, 2018/2724 karar sayılı kararında*; “... mağdurenin yanına motorsikletiyle gelen sanığın, kendisiyle gelmesini istediği mağdurenin verdiği olumsuz yanıtta rağmen ısrarcı olup bir süre onu takip ettikten sonra ayırdığı ve iki gün sonra tekrar yanına gelerek konuşmaya çalıştığı mağdureyi ısrarla takip ettiği.” failin belirli bir süre aynı hareketi tekrarlaması halinde de ısrar unsurunun gerçekleşeceğini belirtmiştir. *Yargıtay 2015/27706 esas, 2016/6459 karar sayılı* “ somut olayda ise, sanığın, katılan ile evlenmek istediği, ancak katılanın bunu istemediği ve ilişkiyi sonlandırdığı, ancak sanığın buna rağmen katılanın peşini bırakmadığı, katılanı takip etmeye, evine ve işyerine gitmeye başladığı ayrıca iletişim tutanaklarında sanığın katılana mesajlar attığı, bu nedenle sanığın üzerine atılı kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu işlediği kabul edilmiş ise de, sanığın olay günü aralarında önceye dayalı ilişkileri bulunduğu anlaşıl原因 katılana saat 21:06-22:23 aralığında sadece 3 adet mesaj gönderdiğinin, bu itibarla ısrar ögesinin oluşmadığı “ belirtilerek ilk derece mahkemesince verilen karar bozulmuştur.

23 Dereli, s. 1373.

3. Tipikliğin Manevi Unsuru

Israrlı takip suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Ancak failin fiilini hangi maksat ile gerçekleştirdiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Aynı zamanda suçun işlenmesinde özel kast/saik de aranmamaktadır²⁴. Suçun olası kast ile işlenmesinin mümkün olup olmadığı hususu tartışmalı olmakla birlikte; hareketin ısrarlı bir şekilde yapılmasının suçun oluşumu için şart olarak arandığı nazara alındığında; suçun olası kast ile işlenmesi mümkün görünmemektedir²⁵.

IV. Hukuka Aykırılık

Israrlı takip suçu için öngörülmuş özel bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı ancak genel hükümlerden yola çıkılarak belirlenebilecektir. Ancak suç tipi açısından değerlendirildiğimizde; mağdurun rızasının bulunması halinde mağdurun rızasının geçerli olması halinde fiilin de hukuka uygun hale geldiğini ifade etmemiz gerekmektedir.

Mağdurun rızasının belirlenmesinde ise; rızanın geçerliliğine ilişkin TCK'nın 104. maddesinde belirtildiği gibi özel bir yaş düzenlemesi bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay'ın genel uygulamasından yolu çıkarak mağdurun 15 yaşını doldurması şartıyla suçun işlenmesine rıza göstermesi halinde gösterilen rızanın geçerli kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Hukuka uygunluk nedenleri olan meşru müdafaa ve zorunluluk hali, kanun hükmü ve emrin ifası, hakkın kullanımı ve ilgilinin rızası gibi genel hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı durumunda da failin fiili de hukuka uygun hale gelecektir.

V. Suçun Nitelikli Halleri

Israrlı takip suçunun nitelikli halleri TCK'nın 123/A/2.'da üç bend halinde yer verilmiştir. Israrlı takip suçunun; çocuğa ya da ayrılık kararı verilen veya boşanılan eşe karşı işlenmesi; mağdurun okulunu, işyerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olması; hakkında uzaklaştırma ya da konuta, okula veya işyerine yaklaşmama tedbirine karar verilen fail tarafından işlenmesi suçun cezasını ağırlaştırıcı sebepler olarak düzenlenmiştir.

24 Özar, s. 1415. benzer yönde görüşler için bkz. Dereli, s. 1371.

25 Bozbayındır, Önok, s. 335.

A. Suçun Çocuğa ya da Ayrılık Kararı Verilen veya Boşanılan Eşe Karşı İşlenmesi

İsrarlı takip suçunun çocuğa karşı işlenmesi suçun cezasında arttırım nedeni olarak belirtilmiştir. TCK'nın 6. /1-b maddesinde belirtildiği üzere henüz 18 yaşını doldurmamış kişi, ceza kanunu anlamında çocuk olarak kabul edilmektedir. İsrarlı takip suçu mütemadi bir suç olması sebebiyle, mağdurun yaşının tespitinde temadının bittiği veya ısrarlı davranışın kesildiği andaki yaşın dikkate alınması gerekecektir.

Akranlar arasında işlenen ısrarlı takip suçu açısından bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı hususu ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur. Buna göre; 16-17 yaşındaki bir çocuğun okulundaki aynı yaşlardaki diğer bir çocuğa karşı bu suçu işlemesi durumunda, ceza adaleti açısından tartışılması mümkün olsa bile; ceza verilmesini kısıtlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır²⁶. Kanaatimizce ısrarlı takip suçunun akranlar arasında işlenmesi halinin cezayı hafifleten bir sebep olarak ayrıca düzenlenmesi yerinde olacaktır. Zira ister fail olsun ister mağdur olsun devlet açısından esas alınması gereken çocukların üstün yararı olmak durumundadır. Suça sürüklenen çocuk açısından bakıldığında ise; çocuğun ıslahı ile yeniden sosyal hayata kazandırılabilmesi için belirttiğimiz şekilde özel düzenlemelere de ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz.

Ülkemizin kanayan yaralarından olan kadın cinayetlerinin önlenmesi/azaltılması amacına hizmet eden bu suç düzenlemesi ile suçun özellikle ayrılık kararı verilen veya boşanılan eşe karşı işlenmesinin ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmesi yerinde olmakla birlikte kanaatimizce eksik bir düzenleme olmuştur. Burada özellikle suçun “kadına” karşı işlenmiş olmasının ağırlaştırıcı hal olarak belirtilmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Zira ısrarlı takip suçunun düzenlenme amaçlarından birinin de kadını karşı şiddetin önlenmesi olduğu madde gerekçesinde de ifade edilmiştir. Dolayısıyla ağırlaştırıcı halin uygulanmasının “hakkında ayrılık kararı verilen veya boşanılan eş” ile sınırlandırılmasının eksik bir düzenleme olduğunu belirtmemiz gerekmektedir. Kanundaki bu düzenleme sebebiyle nikahsız bir şekilde bir arada yaşayan veya imam nikahı ile bir arada yaşayan kişilere karşı bu suçun işlenmesi durumunda bu suçun ağırlaştırıcı hali uygulanmayacaktır. Suçun ağırlaştırıcı halin uygulanmasında “hakkında ayrılık kararı verilen veya boşanılan eş” kavramların kapsamı Medeni Kanun hükümlerinden yola çıkılarak belirlenecektir. Kanaatimizce; suçun “hakkında ayrılık kararı verilen veya boşanılan eşe” karşı işlenmesi şeklindeki kanun metninde yer alan ifadede “eş” kavramı yerine “kadın” kavramının kullanılması suçun düzenlenme amacına daha uygun olacaktır.

26 Özar, s.1418

tır. Bunun yapılmaması halinde; dini nikahlı veya nikahsız bir şekilde bir arada yaşayan kadınları da koruma altına alacak şekilde suçun ağırlaştırıcı hallerinin genişletilmesinin kadına karşı şiddetin önlenmesinde daha etkili bir yöntem olacaktır.

B. Suçun Mağdurun Okulunu, İşyerini, Konutunu Değiştirmesine ya da Okulunu veya İşini Bırakmasına Neden Olması

Israrlı takip suçunda, kişinin kendisini yaşam alanı içerisinde güvende hissetmesinin hedeflenen hukuki yararlardan olduğunu ifade etmiştik. Dolayısıyla ısrarlı takip suçunda; ısrarlı takibe konu fiillerin tekrarlanmasına bağlı olarak mağdurun günlük hayatında alışılmış, tekrar eden gereklerini yerine getirmekte zorluk çekmesi, olağan yaşamında ciddi değişiklikler yapmak zorunda kalması, bu kapsamda okulunu, işyerini, konutunu değiştirmesi ya da okulunu veya işini bırakmak zorunda kalması suçun cezasının arttırılması hali olarak kabul edilmiştir. Israrlı takip suçunda bu ağırlaştırıcı hal; suçun mağdurun hayatına etkisi nazara alınarak düzenlenmiştir.

Failin hareketlerinin sonucunda kişinin huzur ve güvenliğinin yaşadığı ortamı değiştirmek zorunda bırakacak derecede bozulmasının içerdiği haksızlığın daha fazla olması sebebiyle, bunun failin cezasını arttıran bir sebep olarak düzenlenmesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

C. Suçun Hakkında Uzaklaştırma ya da Konuta, Okula veya İşyerine Yaklaşmama Tedbirine Karar Verilen Fail Tarafından İşlenmesi

Israrlı takip kavramı daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Türk mevzuatına ilk olarak 6284 sayılı kanun ile girmiştir ve bu kanun özellikle kadına karşı şiddetin önlenmesinde en önemli araçlar arasında yer almaktadır. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Hakkında Kanununun 5. Maddesinde²⁷ yer verilmiş olan tedbirlerden olan “uzaklaştırma, konuta, okula ya da işyerine

²⁷ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6284.pdf>, “Hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararları MADDE 5 – (1) Şiddet uygulayanlarla ilgili olarak aşağıdaki önleyici tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilir: a) Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması. b) Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi. c) Korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması. ç) Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlandırılması ya da tüümüyle kaldırılması. d) Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması. e) Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi. f) Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi. g) Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları koluğa teslim etmesi. ğ) Silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim

yaklaşmama” tedbirleri verilmiş olan sanık tarafından suçun işlenmesi, cezanın arttırılmasını gerektiren hal olarak düzenlenmiştir. 6284 sayılı kanun ile hakime bir çok tedbir verme yetkisi verilmiş iken, bunlardan sadece uzaklaştırma ve yaklaşmama tedbirine aykırı davranılmasının ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmesinin eksiklik olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla ihlal edilen tedbir konusunda sınırlama yapılmaksızın 6284 sayılı yasa gereğince verilen tüm tedbir ihlallerinin ağırlaştırıcı hal kapsamına alınmasının suçun düzenlenme amacına daha uygun olacaktır.

VI. Suça Teşebbüs, İştirak, İçtima

Suçta teşebbüsü; failin, elverişli hareketlerle suç tanımlamasında belirlenmiş fiili işlemeye başlamasına rağmen; icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketleri tamamlanmakla birlikte suç tipinde neticenin gerçekleşmesinin arandığı hallerde neticenin gerçekleşmemesi olarak tanımlamak mümkündür²⁸. Israrlı takip suçunun ısrarlı bir şekilde; mağduru “fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına “neden olacak fiillerin işlenmesiyle oluşacağı belirtilmiştir. Bu fiillerin ısrarla tekrarlanması gerektiği belirtildiğinden suça teşebbüsün mümkün olmayacağı ancak teşebbüs halinde kalan fiilin başka bir suçu oluşturmasının ve bu suça teşebbüs edilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Örneğin; kişinin rahatsız edilmesi amacıyla bir defa aracının çizilmesi veya çizmeye çalışırken failin yakalanması halinde; ısrar unsuru gerçekleşmediğinden ısrarlı takip suçunun olduğundan söz edilemeyecektir. Ancak somut olayın özelliklerine göre, mala zarar verme veya mala zarar vermeye teşebbüs suçunun olduğunun kabul edilebilecektir.

Israrlı takip suçu iştirak açısından bir özellik taşımamaktadır. Suçun bir

etmesi. h) Korunan kişilerin buldukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların buldukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması. 1) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması. (2) Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birinci fıkranın (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan tedbirler, ilgili kolluk amirlerince de alınabilir. Kolluk amiri evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde hâkimin onayına sunar. Hâkim tarafından yirmidört saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar. (3) Bu Kanunda belirtilen tedbirlerle birlikte hâkim, 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirler ile 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre velayet, kayyum, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında karar vermeye yetkilidir. (4) Şiddet uygulayan, aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla hâkim, şiddet mağdurunun yaşam düzeyini göz önünde bulundurarak talep edilmesine dahi tedbir nafakasına hükmedebilir.”

28 Artuk, Gökçen, *Genel Hükümler*, s. 676.

tek fail tarafından veya iştirak halinde birden fazla kişi tarafından işlenmesi mümkündür. Israrlı takip suçuna yardım etme, azmettirme veya müşterek fail olarak katılmak mümkündür. Ancak müşterek fail olarak suça katılmaktan söz edebilmek için, her bir fail tarafından ısrarlı takip suçuna ilişkin tipik fiillerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir²⁹.

Suçların içtimalı açısından baktığımızda, ısrarlı takip suçunda tipik fiillerin tekrarlanması arandığından birden fazla gerçekleştirilen fiiller açısından tek suçun oluşacağını ifade etmemiz gerekmektedir.

Israrlı takip suçunun aynı kişiye karşı değişik zamanlarda bir suç işleme kararı kapsamında işlenmesi halinde TCK'nın 43. maddesinin uygulanması koşullarının da bulunması mümkündür. Bunun için suç tipinde aranan "ısrar" koşulu ile, zincirleme suç açısından "suçun birden fazla kez işlenmiş olması" koşulunun somut olayın özellikleri nazara alınarak, yapılan fiillerin ısrar kapsamında mı yoksa zincirleme suç kapsamında mı kaldığı hususunda dikkatle değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte fail tarafından ısrarlı takip suçu ile birlikte başka suç tiplerinin de ihlal edilmesi halinde fikri içtimala kuralları çerçevesinde sorumluluğunun belirlenmesi yoluna gidilecektir³⁰.

VII. Suçun Soruşturma Şekli ve Yaptırım

Israrlı takip suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabidir. Dolayısıyla ısrarlı takip suçunun soruşturulması ve kovuşturulması için şikâyet süresi fiilin ve failin öğrenildiği tarihten itibaren 6 aydır. Yargılamada görevli mahkeme ise asliye ceza mahkemesidir. Israrlı takip suçunun temel şekli için 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezasına hükmedileceği düzenlenmiş iken; nitelikli halin bulunması durumunda failin 1 yıldan 3 yıla kadar cezalandırılacağı belirtilmiştir.

12/05/2022 tarih 7406 sayılı kanununun 10. maddesiyle 5271 sayılı CMK'nun 234. maddesinde, 11. maddesiyle 239. maddesinde yapılan değişiklik ile; mağdurun soruşturma ve kovuşturma evrelerinde baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme hakkına sahip olduğuna ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bunun yanı sıra aynı kanununun 12. maddesiyle CMK'nun 253/3. maddesine yapılan eklemeye ısrarlı takip suçunun uzlaştırma kapsamında bulunmadığı ayrıca düzenlenmiştir.

VIII. Suçun Kişilerin Huzur Ve Sukununu Bozma Suçu ile Karşılaştırılması

Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu; seçimlik hareketli bir suç olup; kanunda belirtilen, bir kimseye ısrarla telefon edilmesi, gürlüğü yapılması veya

29 Bozbayındır, Önok, s. 338.

30 Özbek, Doğan, Bacaksız, *Özel Hükümler*, s. 492.

aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması seçimlik hareketlerden birinin yapılması suretiyle ve sırf kişinin huzur ve sükununu bozma amacıyla hareket edilmesi halinde oluşmaktadır³¹. Her ne kadar kanunda ısrarlı takip suçu ile kişilerin huzur ve sükununu bozma suçları birbirine yakın hareketler ile gerçekleştirilebilecekleri düzenlenmiş ise de aralarındaki en önemli fark; ısrarlı takip suçunun özel bir suç düzenlemesi olmasıdır. Dolayısıyla failin gerçekleştirdiği fiillerin ısrarlı takip suçunu meydana getirmemesi halinde kişilerin huzur ve sükununun bozma suçu yönünden değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu açısından Yargıtay 14. CD. 2014/5507 esas, 2016/5973 karar nolu kararında; “...*Sanık ile katılanın daha önceden arkadaşlık yapıp ayrıldıkları, olay günü sanığın katılanın bulunduğu minibüse bindiği, daha sonra araçtan inip okuluna gitmekte olan katılanın arkasından seslenerek konuşmak istediği aldığı olumsuz yanıt üzerine sanığın ısrarla takip ederek konuşma isteğini yinelediği katılanın “beni bırak” diye bağırması nedeniyle çevreden insanların geldiğini görünce olay yerinden uzaklaştığı anlaşıldığından*” suç tarihinde yürürlükte olan yasa gereğince kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun oluştuğuna kanaat getirmiştir. Ancak failin suçu ısrarlı takip suçunun TCK’ da düzenlenmesinden sonra belirtilen şekilde suçu işlemiş olduğunu varsaydığımızda; belirtilen fiiller TCK nın123/A maddesinde düzenlenen ısrarlı takip suçunu oluşturacaktır³².

Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu ile ısrarlı takip suçunda en önemli ortak nokta her iki suç açısından fiillerde “*ısrar*” edilmesi unsurunun aranmasıdır. Ancak failin huzur ve sükununu bozma suçundan dolayı cezalandırılabilmesi için bağlı hareket olarak kanunda belirtilmiş olan; kişilere “*telefon edilmesi*”, kişilere karşı “*gürültü yapılması*” veya “*hukuka aykırı başka davranışta bulunulması*” gerekmekte olup bu fiillerin ısrarla ve sırf kişilerin huzur ve sükununu bozma amacıyla yapılması gerekmektedir³³. İsrarlı takip suçu açısından ise; seçimlik hareketler daha geniş tutulmuş ve suçun belli bir

31 Gökhan Taneri, *Hürriyete Karşı Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 677.

32 Buna benzer şekilde Yargıtay 2015/3357 esas, 2016/5745 karar sayılı kararında “... sanığın önceden tanıdığı onyediy yaşındaki mağdureye olay günü ablasının evlenip evlenmediğini sormasının ardından kendisine cevap vermeden yürümeye devam etmesi üzerine ısrarla takip ederek yaşını sorduğu ve mağdurenin oturduğu binaya geldiğini görünce yaklaşık kolundan tutarak durmasını istedikten sonra tepki gösterilmesi nedeniyle başkaca bir eylemde bulunmaksızın bırakıp kaçtığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu “ ifade edilmiştir. Yine Yargıtay’ın 2016/8901 esas, 2020/546 karar sayılı kararı ve belirttiğimiz kararlarında geçen fiiller ısrarlı takip suçunun yürürlüğe girmesiyle TCK 1234/A maddesindeki suçu oluşturacaktır.

33 Özbek, Doğan, Bacaksız, *Özel Hükümler*, s. 489.

maksat ile yapılması şartı aranmamıştır. Burada belirtmemiz gerekir ki; her iki suç tipi açısından da “*ısrar*” unsurunun gerçekleştiğinin kabulü için, fiilin kaç kez tekrarlanması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrine göre; rahatsızlığını ifade etmiş olmasına rağmen fiilin tekrarlanması durumunda ısrarın oluştuğu kabul edilmelidir. Burada olayın oluş şekli, tekrarlanma sıklığı, mağdurun yapılan davranışı yasaklayıp yasaklamadığı gibi ölçütlerden hareket edilerek değerlendirme yapılacaktır³⁴.

Israrlı takip suçunun yürürlüğe girmesiyle birlikte; suçun yürürlük tarihinden önce işlenen suç sebebiyle, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu mu yoksa ısrarlı takip suçu mu oluşturduğunun değerlendirilmesinden sonra; kanun maddelerinin hangisinin daha lehe olduğu yönünde değerlendirme yapılmak suretiyle failin cezalandırılacağı kanun maddesi tespit edilecektir³⁵.

IX. Suçun Cinsel Taciz Suçu ile Karşılaştırılması

TCK'nın 105. Maddesinde düzenlenmiş olan cinsel taciz suçu; failin mağdurun rızası dışında elle, sözle, gözleri veya bedeni ile cinselliğini hedefleyerek rahatsız etmesidir. Buna göre, cinsel tacizi oluşturan davranışlar, cinsel içerikli söz atma, mektupla cinsel ilişki teklifinde bulunma veya el kol hareketleri ile, telefonla, internet yoluyla veya üçüncü bir kişi aracı olarak kullanılmak suretiyle işlenebilir³⁶. Bu suç tipi ile; kişinin vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu

34 Muharrem Özen, Köksal Atacan, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 68 Sayı 2, 2019, s. 487.

35 *İzmir BAM 15. CD. 2020/410 esas, 2022/1108 karar sayılı kararında*; “...TCK'nın 7/2.maddesi yönünden yapılan değerlendirmede; 7406 sayılı Kanunun 8.maddesiyle yürürlüğe giren ısrarlı takip suçu TCK'nın 123/A maddesinde düzenlenmiş ısrarlı bir şekilde fiziken takip etmek eylemi açısından 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası öngörülmüş, TCK'nın 123/A maddesinin 2.fikrasının a bendinde çocuğa karşı eylemin gerçekleşmesi halinde 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasının öngörüldüğü, yeni düzenlemenin sanık aleyhine olduğu, suç tarihinde yürürlükte bulunan TCK'nın 123. maddesinin sanığın daha lehine olduğu Dairemizce kabul edilmiştir. Ortaca 2. ASLCM tarafından sanığın her iki mağdura karşı ayrı ayrı cinsel taciz suçundan cezalandırılmasına karar verilmiş ise de, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.03.2015 tarih, 2013/14-429 Esas - 2015/34 Karar ve 04.12.2018 tarih, 2017/14-244 Esas - 2018/601 Karar sayılı ilamları dikkate alındığında sanık Ufuk'un kullandığı araçla katılan mağdurları ısrarla takip etme, korna çalma eylemleri gel gel yapma şeklindeki davranışlarının cinsel taciz suçunu oluşturmayıp, TCK'nın 123. maddesinde yer alan kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu Dairemizce kabul edilmiş, sanığın aynı davranışlarla birden fazla katılan mağdura yönelik eylemini gerçekleştirmesi nedeniyle hakkında TCK'nın 43/2.maddesi delaletiyle TCK'nın 43/1.maddesi gereğince cezasından artırım yapılmasına ve verilen cezanın geleceği üzerindeki olası etkileri nazara alınarak hakkında takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına, sanığın geçmişte üç aydan fazla hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkum olmamış bulunması ve de gelecekte tekrar suç işlemeyeceği yönünde mahkememizde olumlu kanaat olduğundan verilen cezanın TCK'nın 51. maddesi uyarınca ertelenmesine karar vermek gerekmiş, Ortaca 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin bu sanık hakkındaki kararı kaldırılarak aşağıda yazılı olduğu şekilde hüküm kurulmuştur.” Şeklinde ifade edilmiştir.

36 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, Ankara 2019, s. 394-395.

doğurmayan, kişinin edep ve iffetine yönelik rahatsızlık veren cinsel nitelikteki davranışlar yaptırım altına alınarak bireyin cinsel dokunulmazlığının kapsamlı bir şekilde korunması hedeflenmiştir³⁷.

Cinsel taciz suçunun ısrarlı takip suçunda yer alan fillerle işlenmesi mümkün olduğundan; failin her iki suç tipinden hangisinden cezalandırılması gerektiği konusunda tereddüt doğması muhtemeldir. Kanaatimizce her iki suç tipi açısından ayırt edici olan nokta failin failinin “ısrar” içerip içermediği ve “cinsel amaç” taşıyıp taşımadığıdır. Yargıtay’ın birtakım kararlarında somut olayda, cinsel taciz suçu ile kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan hangisinin oluştuğuna ilişkin değerlendirmede “bedensel temas” kistasına dikkat etmiş ise de; kanaatimizce kararlarda bedensel temasın esas alınması yerinde olmamıştır. Zira cinsel taciz suçundan söz edebilmek için bedensel temas aranan unsurlar arasında yer almamaktadır³⁸. Somut olayda failin, kastının kişinin cinsel yönden rahatsız edilmesi mi yoksa cinsellik içermemesine rağmen mağdura “musallat olunması” yani rahatsızlık verilmesi mi olduğunun araştırılması ve buna göre suçun nitelendirilmesinin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak Yargıtay kararlarında da suç nitelemesi yapılırken, failin nihai hedefinin cinsel nitelik taşıdığı durumlarda dahi cinsel taciz suçunun oluşmadığına ilişkin kararlar verildiği görülmektedir.

Bu konuda Yargıtay kararlarının da yeksenak olmadığını belirtmemiz gerekmektedir³⁹.

37 Mahmut Koca, İlhan Üzülmaz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2020, s. 381.

38 *Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 10.04.2018 gün ve 2015/3311 Esas, 2018/2662 Karar* sayılı ilamında yer alan, “...sanığın, bedensel temas içermeksizin mağdureyi takip ederek el kol hareketleri yapma şeklinde gerçekleşen eyleminin cinsel amaç taşıdığıının belirlenmemesi nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek yazılı şekilde cinsel taciz suçundan beraatine karar verilmesi...” şeklindeki ve anılan Dairenin 21.11.2017 gün ve 2014/7320 Esas, 2017/5796 Karar sayılı ilamında yer alan, “...sanıkların, katılanı araçla takip edip korna ve ışık çalmalarının ardından sanıklar Mehmet Araz ile Mehmet Aslan’ın, katılanı markete girdikten sonra da takip etmeleri şeklinde gerçekleşen eylemlerinin 5237 sayılı TCK’nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu gözetilip ..hükümler kurulması gerekirken suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek yazılı şekilde cinsel taciz suçundan beraat kararları verilmesi...”

39 *Yargıtay 14. CD. 2016/8901 esas, 2020/546 karar*, “sanığın olay günü kullandığı araçla takip ettiği katılana yönelik “merhaba bakarmısın, seni istediğin yere bırakayım, benden korkma benden sana zarar gelmez” diyerek tacizde bulunması ve katılanın kendisini rahatsız etmemesini söyleyip gitmesini istemesine rağmen ısrarla takip etmeye devam etmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin cinsel amaç taşıdığıının belirlenmemesi nedeniyle mevcut haliyle failin 5237 sayılı TCK’nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması yerine suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek cinsel taciz suçundan mahkumiyet kararı verilmesi,” kanaatimizce belirtilen olayda failin mağduru cinsel amaçla rahatsız ettiği açık olmakla cinsel taciz suçundan cezalandırılması gerekmektedir.

Sonuç

TCK'nın 123/a maddesinde yer alan düzenleme ile ceza kanunumuza giren ısrarlı takip suçu; henüz yeni bir suç tipi olmakla uygulamada ne şekilde sonuç vereceği ve kanun madde gerekçesinde ifade edildiği üzere kadına yönelik şiddeti azaltıp azaltmayacağı belirsizdir. Ancak birçok gelişmiş ülke ceza kanunlarında yer alan ısrarlı takip suçuna ceza kanunumuzda da yer verilmesinin son derece isabetli olduğu kanaatindeyiz. Her ne kadar suçun mağduru açısından bir özelleştirme yapılmamış ise de; madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere bu suç düzenlemesinde asıl hedef kadına yönelik şiddetin öncülü niteliğindeki bir takım hareketlerin cezalandırılması yoluyla kadına yönelik şiddetin önlenmesi/azaltılmasıdır.

Israrlı takip suçunun oluşumundan söz edebilmemiz için; mağdurun telefonla aranması, takip edilmesi, gözetilmesi, elektronik posta yollanması, hediyeler gönderilmesi internet yoluyla rahatsız edilmesi şeklinde gelişebilecek fiillerin tekrarlanarak ısrarla yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla ısrarlı takip suçunun hangi fiillerle gerçekleştirilebileceği hususunda kanunda sınırlama getirilmediğinden serbest hareketli bir suçtur. Aynı zamanda fiillerin tekrarlanması şartı arandığından mütemadi bir suç olduğunu ifade etmemiz gerekmektedir. Kanun düzenlemesinde fiillerin sınırlı sayıda belirtilmemesinin kanunun konuluş amacına uygun düştüğü kanaatindeyiz. Zira gelişen teknoloji de nazara alındığında zamanla değişen fiillerle suçun işlenmesi mümkün olup suç maddesinin yetersiz kalması riskini de bertaraf etmiştir.

Israrlı takip suçuna benzer fiillerle işlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun özel kast gerektiren genel bir suç düzenlemesi olması, cinsel taciz suçunun ise cinsel amaç içeren özel saik ile işlenmesi gerektiği nazara alındığında; kişilerin huzurunu ve güvenliğini korumak adına söz konusu suç düzenlemesinin bir gereklilik olduğunu ifade etmemiz gerekmektedir. Ancak madde düzenlemesinde Alman Ceza kanununda olduğu gibi suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerine yer verilmemiş olmasının da büyük bir eksiklik olduğu kanaatindeyiz. Israrlı takip sonucunda mağdurun ağır derecede yaralanması veya ölmesinin suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırıcı hali olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Israrlı takip suçunun; sadece kadına karşı işlenebilen bir suç olarak düzenlenmemiş olmasının da bir eksiklik olduğu kanaatindeyiz. Zira erkek şiddetine dikkat çekmek ve önlemek açısından kadının özellikle koruma altına alındığına ilişkin kanuni düzenleme daha caydırıcı olacaktır. Aynı zamanda suçun nitelikli hallerinde de suçun; *“ayrılık kararı verilen veya boşandığı eşe karşı”* işlenmesinin ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmesinin yetersiz olduğu kana-

atindeyiz. Zira kadına karşı şiddetin tek mağduru ayrılık kararı verilen veya boşanılan eş değil; sevgili, nişanlı, dini nikahlı veya herhangi bir evlilik ilişkisi kurulmadan birlikte yaşayan kadın da olabilmektedir. Bu nedenle kadına yönelik şiddetin azaltılması amacından yola çıkıldığında sadece medeni kanunun değil örf ve adetten doğan veya resmiyet kazanmayan ilişki yaşayan kadınların da korunması gerekmektedir.

Israrlı takip suçunun takibinin şikâyete tabi kılınmasının da kanun maddesi ile ulaşılmak istenen hedefi sekteye uğratması riski bulunmaktadır. Zira bu suç tipinde failer tarafından, mağdur üzerinde ciddi bir korku ve endişe oluşturulması sebebiyle; mağdurun failden şikayetçi olması da her zaman mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla suçun en azından nitelikli hallerinin şikâyete tabi olmaması gerekmektedir.

Çalışmamızda belirttiğimiz üzere ısrarlı takip suçuna ilişkin yasal mevzuat eksiklikler taşımakla birlikte; kadına yönelik şiddeti azaltma hedefine ulaşmada katkı sağlayacağını ve toplumumuzun kanayan yarası haline gelen kadın cinayetlerini de azaltacağı kanaati taşımaktayız. Kanuni düzenlemenin amacına ulaşması için ayrıca suçun kadına karşı işlenebileceği yönünde değişikliğe gidilmesi, ağırlaştırıcı hallerde eleştirdiğimiz sınırlamaların kaldırılarak geniş tutulması yerine olacaktır. Bununla birlikte kadına karşı işlenen suçların soruşturulması için ayrı bir kolluk kuvveti kurularak bunların direk bağlı bulunduğu savcılık bürolarının oluşturulması, kadına karşı işlenen bu suç tiplerinde ihtisas mahkemelerinin kurulması da kadına karşı şiddetin önlenmesinde etkili olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKLAR

- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 13. Baskı, Ankara 2019.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, Ankara 2019.
- Bozbayındır, Ali Emrah; Önok, Murat, “Alman ve İtalyan Ceza Hukukunda Israrlı takip Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, 1: 295-376, <https://openaccess.izu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12436/4340/GSUHFD2022I.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Çakmut, Özlem Yenerer, *Israrlı Takip (Stalking) Kişinin Huzur ve Sukununu Bozma ve Türk Ceza Hukuku Bakımından Genel Değerlendirme*, <https://balikesirbarosu.org.tr/medya/balikesir-barosu-dergisi-sayi-1>
- De Fazio, Laura, *The Legal Situation on Stalking Among The European Member States*, s. 231, Springer Science Business Media B.V. 2009.
- Dereli, Alparslan, “Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) Kavramı ve Suçu”, *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan*, Editör: Prof. Dr. Mahmut Koca, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.
- Doğan, Recep, “Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398162>
- Eker, Hilal Karakaş, *Israrlı Takip Suçu*, <https://www.hukukihaber.net/israrli-takip-sucu-makale,10067.html>
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 23. Baskı, Ankara 2020.
- Koca, Mahmut; Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, Ankara 2019.
- Koca, Mahmut; Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2020.
- Kocasakal, Ümit, "Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 2015, Sayı 2, [https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398257#:~:text=Madde%20123%2D%20\(1\)%20S%C4%B1rf,y%C4%B1la%20kadar%20hapis%20cezas%C4%B1%20verilir](https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398257#:~:text=Madde%20123%2D%20(1)%20S%C4%B1rf,y%C4%B1la%20kadar%20hapis%20cezas%C4%B1%20verilir)
- Özar, Süleyman, “Israrlı Takip Suçu (TCK m 123/A)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, s. 1397-1430, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2425483>
- Özen, Muharrem: Köksal, Atacan, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 68, Sayı 2, 2019, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/838442>
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2020.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2020.
- Uyumsuz, Alper; Akdağ, İdris, “Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı ile Israrlı Takip Mağdurunun Korunması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, 2015, Sayı 2, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789085>

- Taneri, Gökhan, *Hürriyete Karşı Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Resmi Gazete Yayınlanma tarihi: 18.01.2013, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130118-2.htm>
- <https://www5.tbmm.gov.tr//sirasayi/donem27/yilo1/ss323.pdf>

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Hâkim Atamalarındaki Usulsüzlüklerin Yasayla Kurulmuş Mahkemede Yargılanma Hakkına Etkisi: İlgili AİHM Kararlarının İncelenmesi*

The Effect of Irregularities in the Appointment of Judges on the Right to a Tribunal Established by Law: A Review of the Relevant ECHR Judgments

Muhammed Fatih TAŞÇI**

ÖZ

Makale, AİHM'in, yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına ilişkin yakın zamanda verdiği kararları incelemektedir. Makalede yasayla kurulmuş mahkeme hakkına AİHM'in verdiği anlam tespit edilecek ve Mahkeme içtihadının kısaca değerlendirmesi yapılacaktır. Yasayla kurulmuş mahkeme güvencesi, yargılamayı yapan mahkemenin yasayla kurulmasının yanında mahkemenin kuruluş ve yetkilerini düzenleyen yasalara uygun şekilde yargılama yapmasını da gerektirmektedir. AİHM Büyük Daire'nin Ástráðsson kararında ortaya koyduğu üzere, hakimlerin atanma süreçlerinde yaşanan usulsüzlükler bazı şartların gerçekleşmesi durumunda o hakimlerin bakmış olduğu davalarda yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlal edilmesine sebep olabilirler. AİHM, hâkim atamalarındaki usulsüzlüklerin hangi durumlarda yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını ihlal ettiğini tespit için Ástráðsson kararında üç adımlı testi geliştirmiş ve sonraki kararlarında bu testi istikrarlı şekilde uygulamıştır. Buna göre, (1) iddia edilen usulsüzlük iç hukuktaki bir yasaya açıkça aykırılıktan kaynaklanıyorsa, (2) bu yasaya aykırılık yasayla kurulmuş mahkeme güvencesinin özüne zarar verecek kadar ağırsa, ve (3) usulsüzlük iddiaları iç hukukta AİHM içtihadına uygun bir şekilde incelenmemişse, yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Söz konusu usulsüzlüklerin başvurusunun somut hukuki uyumsuzluğuyla doğrudan ilgisinin olması aranmamaktadır. Ayrıca, AİHM kararları gös-

* Makale gönderim tarihi: 22.02.2024 Makale kabul tarihi: 18.04.2024 Muhammed Fatih Taşçı, "Hâkim Atamalarındaki Usulsüzlüklerin Yasayla Kurulmuş Mahkemede Yargılanma Hakkına Etkisi: İlgili AİHM Kararlarının İncelenmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2024, s.25-51,

DOI: <https://DOI.org/10.46547/imuhfd.2024.11.1.4>.

** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, <https://orcid.org/0000-0002-0467-3048>, E-posta: mftasci@fsm.edu.tr

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

termektedir ki bu hakkın ihlal edilmesi, AİHS madde 6/1 haricinde sözleşmedeki diğer maddi haklar bakımından da bazı etkiler doğurabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yasayla kurulmuş mahkeme, adil yargılanma hakkı, hukuk devleti, hâkim atamaları, *Ástráðsson v. İzlanda*.

ABSTRACT

The article examines the recent judgments of the ECHR regarding the right to a tribunal established by law. The article finds out the meaning given by the ECHR to the right to a tribunal established by law and briefly evaluates the Court's jurisprudence. The guarantee of a tribunal established by law requires that the tribunal not only be established by law, but also conduct trials in accordance with the laws regulating the establishment and powers of the court. As stated by the ECHR Grand Chamber in its *Ástráðsson* decision, irregularities in the appointment processes of judges may, if certain conditions are met, lead to a violation of the right to a tribunal established by law in the rulings given by those judges. The ECHR developed the three-step test in the *Ástráðsson* judgment to determine in which cases irregularities in the appointment of judges violate the right to a tribunal established by law and has consistently applied this test in its subsequent judgments. Accordingly, if (1) the alleged irregularities result from a manifest breach of domestic law, (2) the irregularities are so grave that they undermine the essence of the right to a tribunal established by law, and (3) the allegations of irregularity have not been examined by domestic authorities in accordance with the jurisprudence of the ECHR, the right to a tribunal established by law is violated. The irregularities in question are not required to be directly related to the applicant's case. Moreover, the ECHR decisions show that violation of this right may affect other substantive rights in the Convention.

Keywords: Tribunal established by law, right to a fair trial, rule of law, judge appointments, *Ástráðsson v. Iceland*.

Giriş

Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, hukuk devletinin önemli bir güvencesidir.¹ Bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS ya da Sözleşme) md. 6/1'de, adil yargılanma hakkı kapsamında güvence altına alınmıştır. Son yıllarda Avrupa Konseyi üyesi bazı devletlerde yaşanan gelişmeler nedeniyle bu hak Avrupa kamuoyunda ve hukukçular nezdinde önemli bir gündem maddesi olmuştur. Özellikle Polonya'da yüksek mahkemelerin yapısının ve üye kompozisyonunun bazı hukuka aykırılık iddialarını beraberinde getirecek ve yargı organının işleyişini yasama ve yürütmenin etkisine açık bırakacak şekilde değiştirilmesiyle yasayla kurulmuş bağımsız ve ta-

1 David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, Carla M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 5. bs., Oxford University Press, Oxford, 2023, s. 465.

rafsız mahkemede yargılanma hakkı bakımından tartışmalar yaşanmıştır. Bu süreçte çeşitli mahkemelerde görev alan hâkimlerin seçilmelerinin veya göreve atanmalarının iç hukuka aykırı şekilde gerçekleştiği iddiası yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı bakımından tartışmaların odağındadır. Polonya'daki bu süreç bazı yazarlar tarafından “anayasal kriz”, “hukuk devleti krizi” ya da “hukuk devletinin çöküşü” olarak adlandırılmıştır.² Hâkim atamalarına dair usulsüzlük iddiaları nihai olarak farklı başvurularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM ya da Mahkeme) önüne gelmiştir. AİHM önce İzlanda'ya karşı verilen *Ástráðsson v. İzlanda* (Ástráðsson) kararında hâkim atamalarındaki usulsüzlüklerin AİHS md. 6/1 ile ilişkisini ortaya koymuş ve kısa süre sonra da Polonya'ya karşı yapılan başvurularda *Ástráðsson* kararında ortaya koyduğu ilkeleri uygulayarak ihlal kararları vermiştir. Kararların gerekçesinde ihlalin sebebi olarak öne çıkan ve bu makalede de üstünde durulacak olan konu, hukuka aykırı şekilde göreve gelen hâkimlerin davalara bakmasının AİHS md. 6/1'deki yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırı olma durumudur.

Makale, AİHM'in, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının yasayla kurulmuş mahkeme boyutuna ilişkin yakın zamanda verdiği kararları incelemektedir. Makalede yasayla kurulmuş mahkeme hakkına AİHM'in verdiği anlam tespit edilecek ve Mahkeme içtihadının kısaca değerlendirilmesi yapılacaktır. İncelenen kararlar, hâkimlerin atama süreçlerinde yaşanan usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkına etkisi ile ilgilidir. Kararlar incelendiğinde ilk göze çarpan husus, yasayla kurulmuş mahkeme kriterinin, mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığından ayrı şekilde, md. 6/1'in bağımsız bir alt ilkesi olarak öne çıktığıdır.³ AİHM, *Ástráðsson* kararı ve sonraki kararlarda bu hususu açıkça ortaya konmuştur. Bu sebeple biz de hakkın bu boyutunu “yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı” ya da “yasayla kurulmuş mahkeme güvencesi” olarak adlandıracağız.⁴

2 Detaylı bilgi için bkz. Laurent Pech, Patryk Wachowiec, Dariusz Mazur, “Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action”, *Hague Journal on the Rule of Law*, Cilt 13, Sayı 1, 2021; Laurent Pech, *7 Years Later: Poland as a Legal Black Hole*, <https://verfassungsblog.de/7-years-later-poland-as-a-legal-black-hole/> (12.02.2024 tarihinde erişildi); Marcin Wiącek, “Constitutional Crisis in Poland 2015–2016 in the Light of the Rule of Law Principle”, Ed. Armin von Bogdandy, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Christoph Grabenwarter, Maciej Taborowski, Matthias Schmidt, *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Cilt 298, Springer, Heidelberg, Berlin, 2021.

3 Haukur Logi Karlsson, “The Emergence of the Established “By Law” Criterion for Reviewing European Judicial Appointments”, *German Law Journal*, Cilt 23, Sayı 8, 2022, s. 1051.

4 Aynı kullanım için bkz. Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi*, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s. 74. (*Adil Yargılanma Hakkı*)

İncelenen kararlarda göze çarpan ikinci husus ise yasayla kurulmuş mahkeme kriterinin yalnızca yargılamayı yapacak mahkemenin bir yasama işlemiyle kurulmuş olmasını değil aynı zamanda bu mahkemeye atanacak olan hâkimlerin de yasaya uygun şekilde atanmış olmalarını gerektirmesidir. AİHM bu anlama gelebilecek kararları daha önce de vermişti. Fakat makalede incelenen kararlarda Mahkeme, bu konuya ilişkin daha önce olmadığı kadar açık tespitler yapmıştır. AİHM bu kararlarda hem hâkim atamalarındaki ne tür usulsüzlüklerin hakkı ihlal edeceğini hem de ihlalin ne gibi sonuçlar doğuracağını açıkça gösterme imkânı bulmuştur.

Makalede takip edilecek olan plan şu şekildedir: Öncelikle ilk bölümde AİHS md. 6'da yer alan adil yargılanma hakkının çerçevesi çizilecektir. Bundan sonra yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının adil yargılanma hakkı içerisindeki yeri tespit edilecektir. Burada özel olarak “yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı” ifadesi üzerinde durulacaktır. Bunun ardından AİHM kararlarında “yasayla kurulma” ve “mahkeme” kavramlarına ne anlam verildiği görülecektir. İkinci bölümde AİHM'in yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına ilişkin Ástráðsson kararı ve sonrasındaki kararlar incelenecektir. Karar incelemesi, önce başvuruya yol açan olayların sonra da karar gerekçesinin incelenmesi şeklinde yapılacaktır. Bu bölümde AİHM'in, hâkimlerin atanma prosedüründeki usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını ihlal edip etmediğine dair geliştirdiği üç adımlı test ve bu testin uygulaması görülecektir. İkinci bölümün sonunda incelenen kararların yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı bakımından sonuçları ve etkilerinin ne olduğuna dair bir değerlendirme yapılacaktır. Sonuç kısmında makalede ulaşılan bulgular özetlenecek ve yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlalinin tespitinin uygulamadaki önemi gösterilecektir.

I. Hukuki Çerçeve

AİHM kararlarının incelenmesine geçmeden önce, kararlarda ortaya konulan ilkelerin ve ulaşılan sonuçların daha iyi anlaşılabilmesi bakımından adil yargılanma hakkının genel çerçevesinin çizilmesi faydalı olacaktır. Bu bölümde hem adil yargılanma hakkının hangi ilke ve güvenceleri kapsadığı özetlenecek hem de yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının AİHS md. 6 içindeki yeri ve anlamı tespit edilecektir.

A. Adil Yargılanma Hakkı

Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının alt ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Adil yar-

gılanma hakkı ise çeşitli uluslararası sözleşmelerde ve ülke anayasalarında tanınmış bir haktır.⁵ AİHS de 6. maddede adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. 6. maddenin ilk fıkrası şu şekildedir:

“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.”⁶

Adil yargılanma hakkı AİHS sisteminde önemli bir yer tutmaktadır. Bunun sebebi ise hem hakkın niteliğinden dolayı bizatihi kendi önemi hem de bu hakka ilişkin AİHM’e yapılan başvuruların hayli fazla olmasıdır.⁷ 6. maddenin içinde yargılamanın her aşamasına ilişkin güvenceler barındırması ve tüm yargılama aşamalarını kapsaması bu durumun sebebi olarak gösterilebilir.

AİHS md. 6 altında yer alan güvencelerin temel olarak iki kısma ayrıldığı görülmektedir. İlk fıkra hem medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıkların hem de bir suç isnadının karara bağlandığı davalar bakımından geçerlidir. İkinci ve üçüncü fıkralar ise ceza yargılamasında geçerli olan asgari ilkelerdir.⁸ Bir başka deyişle md. 6/1 genel kural olup hem özel hukuk hem de ceza yargılamaları bakımından adil yargılanma kavramının içerdiği ilkeleri saymaktadır.⁹ Birinci fıkrada açıkça ifade edilen ilkeler şunlardır: Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma, hakkaniyete uygun yargılama, makul sürede yargılama, aleni yargılama. Bunların yanında AİHM’in içtihat yoluyla geliştirdiği bazı ilkeler de md. 6/1 altında incelenmektedir. Örneğin mahkeme-

5 Adil yargılanma hakkı zaman zaman hakkaniyete uygun yargılama, dürüst yargılama gibi farklı şekillerde de ifade edilebilmektedir. Bkz. Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2005, s. 2-3. (*Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*); Hüseyin Turan, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 62-63.

6 Mahkemenin internet sitesindeki Türkçe çeviri için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur (12.02.2024 tarihinde erişildi)

7 Harris vd., s. 376-377.

8 Turan, s. 64; İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 19.

9 İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 3.

ye erişim hakkı maddede açıkça yazmasa da AİHM tarafından maddenin içine dâhil kabul edilen bir hak/güvencedir.¹⁰ Bunun dışında AİHM, bazı ilkeleri hakkaniyete uygun yargılama ilkesinin kapsamı içinde kabul ederek 6. maddenin kapsamına sokmaktadır.¹¹ Bu alt ilkelerin zımni olarak hakkaniyete uygun yargılamanın içinde olduğu varsayılır. Bu ilkelere şunlar örnek gösterilebilir: Silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, gerekçeli karar hakkı, delillere ilişkin ilkeler, duruşmada hazır bulunma, etkili katılma, dolaysızlık ilkesi.¹²

B. Yasayla Kurulmuş Mahkemede Yargılanma Hakkı

Hem özel hukuk hem de ceza yargılamaları bakımından adil yargılamanın ortak ilkelerini oluşturan md. 6/1 birçok farklı güvence barındırmaktadır. Makalenin konusunu oluşturan yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı bu güvencelerden bir tanesidir. Yargılamanın kurumsal yapısıyla ilgili olduğu için titizlikle üstünde durulması gerekmektedir. Zira diğer ilkelerin yargılamada sağlanması öncelikle özellikleri maddede zikredilen bir mahkemenin varlığını gerektirir. Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının maddede yazılış şekline üç ayrı bileşeni olduğu sonucuna ulaşılır.¹³ Bunlar yasayla kurulmuş mahkeme, bağımsız mahkeme ve tarafsız mahkemedir. Bu üç bileşen birbiriyle bağlantılı olsa da aslında her biri diğerinden farklı güvencelerdir. Bu makalenin devamında görüleceği üzere, güncel AİHM kararları yasayla kurulmuş mahkemenin diğer iki bileşenden bağımsız olduğunu tasdik edicidir. Yasayla kurulmuş mahkeme güvencesi veya mahkemelerin yasayla kurulması şartı günümüzde demokratik devletlerin büyük çoğunluğunda kabul edilen bir hukuk ilkesidir. AİHM, Ástráðsson kararında Avrupa Konseyi'ne üye bütün devletlerde bu ilkenin açıkça veya zımnen kabul edildiği tespitini yapmıştır.¹⁴

Hem Mahkeme içtihatlarındaki hem de uluslararası literatürdeki bağımsız mahkeme ve tarafsız mahkeme kavramlarına kıyasla yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının üstünde daha az durulmuştur.¹⁵ AİHS bağlamında

10 Bkz. AİHM, *Golder v. Birleşik Krallık*, Baş. No. 4451/70, 21 Şubat 1975.

11 İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 3; Harris vd., s. 413; Feyyaz Göletüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde 'Adil Yargılama'", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 49, Sayı 1, 1994, s. 201.

12 İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 3.

13 Her üçü bakımından genel olarak bkz. Martin Sunnqvist, "Impartiality and Independence of Judges: The Development in European Case Law", *Nordic Journal of European Law*, Cilt 5, Sayı 1, 2022.

14 AİHM (Büyük Daire), *Guðmundur Andri Ástráðsson v. İzlanda*, Baş. No. 26374/18, 01.12.2020, para. 149.

15 Cecilia Rizcallah, Victor Davio, "The Requirement that Tribunals be Established by Law: A Valuable Principle Safeguarding the Rule of Law and the Separation of Powers in a Context of Trust", *European Constitutional Law Review*, Cilt 17, Sayı 4, 2021, s. 582.

yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına AİHM kararları ışığında bakıldığında iki farklı kavramı ele almak gerekmektedir. Bunlar “mahkeme” ve “yasayla kurulma” kavramlarıdır. Bu iki farklı kavram AİHM kararlarında farklı şekilde incelenmişlerdir. Literatürde de aynı çizgi takip edilmiş ve bu iki kavram ayrı olarak ele alınmıştır.¹⁶

Kararları incelendiğinde AİHM’in mahkeme olma kriterini daha çok fonksiyonel anlamda kabul ettiği görülmektedir.¹⁷ Bir başka deyişle AİHM, önüne gelen başvurularda iç hukuktaki mercilerin yargısal bir işlev yerine getirip getirmediğine bakmaktadır. AİHM içtihadına göre merciin bakmakta olduğu uyuşmazlığı maddi ve hukuki bakımdan inceleme yetkisine sahip olması, bağlayıcı kararlar verebilmesi ve uyuşmazlığı kesin karara bağlama yetkisi o merciin AİHS md. 6 anlamında mahkeme olduğunu gösterir.¹⁸ AİHM’e göre normalde yargı faaliyeti yürütmeyen yasama organı dahi spesifik olay özelinde yargı organı sayılabilir.¹⁹ Şayet iç hukuktaki merci bu kriterleri sağlamıyorsa o zaman yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlali, o merci mahkeme sayılmayacağı için gündeme gelecektir.

Yasayla kurulma kavramına gelince, bu kavram da AİHM içtihatlarıyla farklı gereklilikleri kapsayacak şekilde geliştiği görülür. Mahkemelerin yasayla kurulması gerekliliğinin AİHS’e girme sebebi esas olarak kişileri belli politik amaçlarla yaratılan *ad hoc* mahkemelere karşı korumaktır.²⁰ Bu anlamda yasayla kurulmanın doğal hâkim ilkesine karşılık gelmektedir.²¹ Fakat AİHM’e göre bu kavramın anlamı yalnızca *ad hoc* mahkeme yasağıyla sınırlı değildir. AİHM’in yerleşik içtihadına göre yasama organının mahkeme kurma yetkisini haiz olması 6. maddenin gereğidir.²² Yani 6. madde yasa ifadesini bir yasama işlemi anlamında kullanmaktadır. Ayrıca mahkemelerin yasayla kurulması yalnızca kuruluşun değil, mahkemenin yetkilerinin ve yargılama usulünün de yasayla belirlenmesini gerektirmektedir.²³ Şu hâlde, AİHS’teki yasayla kurul-

16 Bkz. Gölcüklü, s. 210; İnceoğlu, *Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, sf. 158.

17 Bkz. AİHM, *Mutu ve Pechstein v. İsviçre*, Baş. No. 40575/10 ve 67474/10, 2 Ekim 2018, para 139; AİHM, *Bilgen v. Türkiye*, Baş. No. 1571/07, 9 Mart 2021, para. 73; AİHM, *Steinger v. Avusturya*, Baş. No. 21539/07, 17 Nisan 2012, para. 45.

18 İnceoğlu, *Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, s. 159-161; Gölcüklü, s. 210

19 AİHM, *Demicoli v. Malta*, Baş. No. 13057/87, 27 Ağustos 1991.

20 Rizcallah, Davio, s. 583-584

21 Bkz. İlyas Doğan, Balkan Demirdal, “Adil Yargılanma Hakkı”, Ed. İlyas Doğan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 2. bs., Astana Yayınları, Ankara, 2021, s. 189; Tuğçe Takcı, *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 32.

22 AİHM, *Bahaettin Uzan v. Türkiye*, Baş. No. 30836/07, 24 Kasım 2020, para. 48.

23 İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 71; Fatih Torun, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Fazlı Aslaner/ Türkiye Kararı Bağlamında Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 37, Sayı 1, 2020 s. 294.

muş mahkemede yargılanma hakkı hem *ad hoc* mahkeme yasağına hem de mahkemelerin yasama işlemiyle kurulacağına ve yetkilerinin düzenleneceğine işaret etmektedir.²⁴

Yasayla kurulma, yargılamayı yapan mahkemenin, kuruluşuna ve yetkilerine ilişkin hukuk kurallarına uygun şekilde hareket etmesini gerektirmektedir. AİHM'e göre, mahkemelerin kuruluş ve yetkilerine ilişkin kurallara aykırı hareket etmeleri yasayla kurulma ilkesini ihlal eder.²⁵ Aynı şekilde, yargılamaya katılan hâkimlerin o mahkemeye atanmalarının da yasaya uygun şekilde yapılması, mahkemenin kuruluş ve yetkilerini düzenleyen iç hukuk düzenlemelerine uygunluğun gereğidir. Yani mahkemenin yasal dayanağının olmasının yanında aynı zamanda mahkeme heyeti de yasaya uygun şekilde oluşmalı, başka bir ifade ile terekküp etmelidir.²⁶ Mahkeme üyeleri yasaya uygun şekilde atanmamışsa ya da mahkeme heyetinin oluşumunda hâkimler yasaya aykırı şekilde görevlendirilmişse bu durum da yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına aykırı olacaktır.²⁷ Örneğin *Posokhov v. Rusya* kararında Mahkeme, meslekten olmayan hâkimlerin (*lay judge*) iç hukuka aykırı şekilde baktıkları iddia edilen bir dava sonucunda önüne gelen olayı incelemiştir. AİHM, iki hâkimin, iç hukuka aykırı şekilde başvurusunun davasında görevlendirilmiş olduklarından yola çıkarak iç hukukta yargılamayı yapan mahkemenin "yasayla kurulmuş mahkeme" olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.²⁸ Benzer bir karar olan *Ilatovskiy v. Rusya* kararında ise AİHM, mahkemede görevlendirmek üzere seçilen meslek dışı hâkimlerin iç hukukta öngörülen usule aykırı şekilde seçildiklerini ve bu sebeple görev yaptıkları mahkemenin "yasayla kurulmuş mahkeme" olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.²⁹ AİHM her iki kararda da md. 6/1'in ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Görüldüğü üzere Ástráðsson kararından önceki AİHM içtihadında, mahkemenin yasada belirtilen yetkilere uygun davranması ve yasada gösterildiği şekilde oluşması gerekliliği md. 6'da yer alan yasayla kurulmuş mahkeme güvencesinin içinde yer almaktaydı. Ástráðsson kararının önemi ise, AİHM'in bu kararla birlikte hâkimlerin atanma usullerinin de yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkıyla güvence altına alındığını tam anlamıyla açığa

24 Bkz. Gölcüklü, s. 210; İnceoğlu, *Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, s. 163; Turan, s. 159-160;

25 AİHM, *Miracle Europe KFT v. Macaristan*, Baş. No. 57774/13, 12 Ocak 2016, para 50; *Bahattin Uzan v. Türkiye*, para. 49.

26 Aynı doğrultuda, Sunnqvist, s. 88.

27 İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 72; Rizcallah, Davio, s. 354

28 AİHM, *Posokhov v. Rusya*, Baş. No. 63486/00, 4 Mart 2003, para. 43.

29 AİHM, *Ilatovskiy v. Rusya*, Baş. No. 6945/04, 9 Temmuz 2009, para. 41.

kavuşturmasıdır.³⁰ AİHM, önündeki başvuruyu, yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine verdiği anlamı açıklığa kavuşturmak, bir nevi rafine etmek amacıyla kullanmıştır.³¹ AİHM bunların da ötesinde, hâkimlerin atanmasına ilişkin usulsüzlüklerin hangi durumlarda yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına aykırılık oluşturacağını belirleyen üç adımlı testi söz konusu başvuruda geliştirmiş ve ilk defa uygulamıştır.

II. Hâkim Atamalarındaki Usulsüzlüklerin Yasayla Kurulmuş Mahkemede Yargılanma Hakkına Etkisi

Ástráðsson kararı hâkim atamalarındaki usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına etkisinin tespiti bakımından bir milat olmasa da bu ikisi arasındaki ilişkinin en belirgin şekliyle ortaya konulduğu davadır. AİHM bu karardan kısa süre sonra Polonya'daki hukuk devleti kriziyle ilgili bir dizi başvuruda üç adımlı testi uygulamış ve hâkimlerin atanmasına ilişkin tespit ettiği usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu üst üste gelen kararlardan sonra AİHM'in artık hâkimlerin atanmalarına ilişkin usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını nasıl etkilediği konusundaki yorumunun önemli ölçüde belirginleştiği söylenmelidir. Aşağıda önce Ástráðsson kararı sonrasında Polonya'ya karşı verilen kararlar, bu başvurulara sebebiyet veren arka planlarıyla birlikte incelenecektir.

A. Ástráðsson v. İzlanda ve Üç Adımlı Test

Ástráðsson başvurusuna yol açan olaylar dizisi İzlanda'da istinaf mahkemesinin kurulmasıyla başlamıştır. Yeni yapılan yasayla hem istinaf mahkemesi yaratılmış hem de mahkeme hâkimlerinin seçim usulleri belirlenmiştir. Buna göre usulüne uygun şekilde yapılan başvuruları Değerlendirme Komitesi değerlendirecek ve en uygun adayları gösteren listeyi Adalet Bakanı'na ileticek, Bakan da adayları yasama organına sunacaktır. Bakan en uygun adayları gösteren tavsiye listesinin haricinde Komite tarafından minimum şartları sağlıyor olarak değerlendirilen başvuru sahibi hâkimleri de aday olarak gösterebilmektedir.³² Adalet Bakanı, önüne gelen listede bazı değişiklikler yapmış, Komite'nin ilk on beş hâkim arasına aldığı bazı hâkimleri çıkartmış, yerlerine minimum kriterleri sağlayan başka hâkimler eklemiş ve listeyi bu şekilde yasama organına sunmuştur. Yasama organı da Bakan'ın gönderdiği listeyi blok hâlinde oylayarak kabul etmiştir. Bunun üzerine Cumhurbaşkanı hâkimlerin

30 Rizcallah, Davio, s. 585.

31 Ástráðsson v. İzlanda, para. 218.

32 Ástráðsson v. İzlanda, para. 16-19

atama kararlarını imzalamıştır.³³ Komite tarafından ilk on beş hâkim arasında gösterilen fakat daha sonra Bakan tarafından yasama organına aday olarak sunulmadıkları için seçilemeyen hâkimlerden bazıları hem Bakan'ın kendilerini listeden çıkarması işlemine hem de Cumhurbaşkanı'na sunulan listeye karşı dava açmışlardır. Nihai olarak Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen davada Yüksek Mahkeme, idare hukuku ilkelerine atıf yaparak, Bakan'ın Komite'nin verdiği listeden sapacak olsa dahi en azından listeye kendi soktuğu adaylar ile çıkardığı adaylar arasında liyakat bakımından bir kıyaslama yapması ve seçimini doğrulayacak makul sebepler sunması gerektiğini belirtmiş ve Bakan'ın idari mevzuata aykırı hareket ettiği sonucuna varmış, fakat aday gösterme işlemini iptal etmeyerek yalnızca davacılar lehine tazminata hükmetmiştir.³⁴

AİHM'in önüne gelen davada başvuru, ehliyetsiz ve uyuşturucu etkisi altında araba kullanmaktan yargılanmış ve ceza almıştır. Dava istinaf mahkemesindeyken başvuru, davaya bakmakta olan heyette yer alan ve Adalet Bakanı'nın yukarıda açıklandığı şekilde aday listesine kendi inisiyatifıyla dâhil ettiği hâkimlerden biri olan mahkeme üyesinin davadan çekilmesi talebinde bulunmuş fakat bu talep kabul edilmemiştir. Bunun üzerine başvuru AİHS md. 6/1 ihlali gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur.

Başvuruyu önce Daire inceleyip ihlal kararı vermiş ve hükümetin bu karara itirazı üzerine başvuru Büyük Daire'nin önüne gelmiştir. AİHM Büyük Daire, yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının yalnızca mahkemenin hukuki dayanağa sahip olmasını değil aynı zamanda mahkemenin kendisini düzenleyen kurallara uygun şekilde işlemesini ve mahkeme heyetinin oluşumunu da kapsadığını hatırlatmıştır.³⁵ Mahkeme ayrıca yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının bağımsızlık ve tarafsızlıkla ilgili olsa da müstakil bir hak olduğunu vurgulamıştır.³⁶ Bundan sonra Mahkeme, bu davada geliştirdiği üç adımlı testini ortaya koymuştur. Bu test hâkimlerin atanmasındaki usulsüzlüklerin hangi durumlarda Sözleşme'nin 6/1 maddesini ihlal ettiğini tespit etmek amacıyla geliştirilmiştir.

Testin ilk adımı (1) hâkimlerin atanması prosedüründe iç hukuktaki bir kuralın açık bir şekilde ihlal (*manifest breach*) edilip edilmediğinin değerlendirilmesidir.³⁷ Şayet açık bir ihlal olduğu sonucuna varılırsa incelenecek ikinci husus (2) söz konusu ihlalin, hâkimlerin atanması prosedürüyle ilgili temel bir

33 A. k. (aynı karar), para. 43-58.

34 A. k., para. 64-71.

35 A. k., para. 223.

36 A. k., para. 231; Aynı yönde bkz. Karlsson, s. 1061.

37 Ástráðsson v. İzlanda, para. 244-245.

kural olup olmadığı, ihlal edilmesinin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının özüne zarar verecek kadar ağır (*grave*) olup olmadığıdır.³⁸ Böylece hakka etkisi bakımından belli bir eşğin altında kalan ya da yalnızca teknik detaylara ilişkin olduğu değerlendirilen ihlaller yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını ihlal etmeyecektir. İkinci adımdaki soruya olumlu yanıt verildiğinde ise üçüncü adımda Mahkeme (3) hâkimlerin atanmasına ilişkin usulsüzlük iddialarının iç hukuktaki yetkili makamlarca yeterli ve AİHM içtihatlarıyla uyumlu şekilde incelenip incelenmediğini değerlendirecektir.³⁹ Testin son adımı aslında ikincilik ilkesi ve takdir marjı doktrininin yasayla kurulmuş mahkeme hakkı bakımından bir yansımasıdır.⁴⁰ Son olarak bu soruya olumsuz yanıt verildiği takdirde AİHM'in geliştirdiği teste göre yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

Üç adımlı testi olaya uygulamaya sıra geldiğinde AİHM iç hukuku tamamen kendisi yorumlamak yerine temel olarak İzzlanda Yüksek Mahkemesi'nin yukarıda değinilen hukuka aykırılık tespitine dayanmıştır.⁴¹ Buna göre, Bakan Komisyon tarafından hazırlanan listeye ekleme ve çıkarma yapacaksa bu değişikliğin gerekçelerini objektif olarak açıklaması gerekirdi. Böylece hâkimlerinin atanmasına ilişkin usulde iç hukuka açık bir aykırılık tespit etmiştir. AİHM ikinci olarak yapılan usulsüzlüklerin, Komite'nin verdiği listeden sapma nedenini objektif bir şekilde açıklamaması nedeniyle, Bakan'ın politik bir amaç taşıyıp taşımadığı konusunda önemli kuşku yarattığını ifade etmiştir. Bakan'ın, kendi hukuk danışmanları, Komite Başkanı ve Adalet Bakanlığı yetkilileri tarafından uyarılmasına rağmen söz konusu işlemleri yapmasını AİHM ciddi bir durum olarak değerlendirmiş ve bu usulsüzlüklerin yalnızca basit prosedürel eksiklikler değil fakat yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının özünü etkileyen ağır usulsüzlükler olduğu sonucuna varmıştır.⁴² AİHM'e göre bu durum, hâkimlerin atanması prosedürünü düzenleyen iç hukuk kurallarının ağır bir şekilde ihlal edilmesine yol açmıştır.⁴³ AİHM ayrıca Parlamento'da adayların tek tek değil de kanuna aykırı şekilde blok halinde oylanmasını kararını destekleyici bir argüman olarak zikretmiştir.⁴⁴

Mahkeme, yapılan usulsüzlüklerin spesifik olarak başvuru davasına ne şekilde etki ettiğini tartışmamıştır. İncelenen husus, somut davalardan

38 A. k., para. 246 ve 267.

39 A. k., para. 248-252.

40 Karlsson, s. 1064.

41 Ástráðsson v. İzlanda, para. 254.

42 A. k., para. 265-267.

43 A. k., para. 270-272.

44 A. k., para. 270.

bağımsız olarak, istinaf mahkemesi hâkimlerinin atanma usulleridir. AİHM davalı devletin iddia edilen usulsüzlüklerin başvuruçunun davasına etkili olmadığı ve başvuruçuyu etkilemediği yönündeki savunmasını da reddetmiştir.⁴⁵ Görüldüğü gibi usulsüzlüklerin başvuruçusu üzerinde doğrudan bir etkisi olması aranmamaktadır. Üçüncü adımda iç hukukta yapılan incelemenin yeterli ve AİHM içtihatlarıyla uyumlu olup olmadığını incelenmiştir. AİHM'e göre Yüksek Mahkeme yaptığı incelemede yarışan çıkarlar arasında yeterli dengeyi kurmamış, yasayla kurulmuş mahkeme kavramının içinde yer alan korumanın amacına ulaşamadığını incelememiştir.⁴⁶ Böylece üç adımlı test sonuçlanmış ve md. 6/1'in yasayla kurulmuş mahkeme hakkı bakımından ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Ástráðsson kararı üç adımlı testin hem ortaya çıktığı hem de ilk defa uygulandığı karardır. Hâkimlerin atanmasına ilişkin usulsüzlükler bakımından AİHM, bir eşik belirlemiş ve yasayla gösterilen usulden küçük sapmaların yasayla kurulmuş mahkeme hakkını ihlal etmeyeceğini açıklamıştır.⁴⁷ Kararda dikkat çeken bir nokta da yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlali tespit edildikten sonra mahkemenin bağımsızlığı veya tarafsızlığı bakımından ayrı bir inceleme yapılmamış olmasıdır. Bundan sonra incelenecek olan Polonya'ya karşı yapılan başvurularda Mahkeme üç adımlı testini benzer olaylara uygulayarak açıklığa kavuşturmuş ve bu içtihadına istikrar kazandırmıştır.

B. Polonya Hukuk Devleti Krizi Bağlamında Üç Adımlı Testin Uygulanması

1. *Xero Flor v. Polonya*

Polonya'ya karşı yapılan başvuruları incelemeden önce bu başvurulara sebebiyet veren siyasi arka planı tasvir etmek gerekir. Zira hem Ástráðsson kararının hem de bilhassa Polonya'ya karşı verilen kararların önemi, bu olaylarda iç hukuktaki usulsüzlüklerin altında siyasi saikler ve anlaşmazlıklar yatmasındadır. Polonya hukuk devleti krizi olarak adlandırılan olaylar silsilesi ülkede iktidarın el değiştirmesiyle başlamıştır.

Xero Flor v. Polonya (Xero Flor) kararına yol açan süreç, Polonya'da 2011-2015 yıllarında görevde olan Parlamento'nun (Sejm) 2015 yılı içerisinde görev süreleri sona erecek olan beş Anayasa Mahkemesi üyesinin yerine yenilerini seçmesiyle başlamıştır. Bu üyelerden üçünün görevlerinin biteceği tarih seçimi

45 A. k., para. 285.

46 A. k., para. 284-286.

47 Sunnqvist, s. 94.

yapan parlamentonun görev süresi içindeyken, diğer ikisinin görevlerinin bitiş tarihi ise bir sonraki parlamentonun görev süresinin içinde kalmaktaydı.⁴⁸ Siyasi olarak önceki parlamentodaki muhalefete yakın olan Cumhurbaşkanı ise seçilen bu beş yeni üyeyi, bunları seçmenin bir sonraki dönem parlamentosunun görevi olduğu iddiası ile göreve başlatmamıştır.⁴⁹ Seçimler yapılmıca önceki parlamentodaki muhalif grup 2015-2019 arasında görev yapacak olan 8. dönem Parlamento'da koltuk çoğunluğunu kazanmış ve önceki parlamentonun seçtiği fakat Cumhurbaşkanı'nın göreve başlatmadığı beş üyenin yerine beş yeni üye seçmiş, Cumhurbaşkanı da yeni parlamentonun seçtiği üyeleri göreve başlatmıştır.⁵⁰ Fakat o sıra görevde olan Anayasa Mahkemesi başkanı, seçimlerin geçerli olup olmadığının tespit edilmesine kadar bu üyeleri Anayasa Mahkemesi'ne kabul etmeyi reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, daha sonra verdiği kararda, üç üyeyi seçme hakkının önceki parlamentoda (7. Dönem), diğer iki üyeyi seçme hakkının ise sonraki dönem parlamentoda (8. Dönem) olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁵¹ Böylece sonraki parlamentonun seçtiği üyelere ikisinin seçimi hukuka uygun bulunurken diğer üçünün seçimi ise hukuka aykırı bulunmuş, bu koltukların zaten önceki dönem parlamento tarafından yapılan seçimle doldurulmuş olduğuna hükmedilmiştir. Bu nedenle sonraki dönem parlamentonun seçtiği üyelere ikisi göreve başlarken diğer üç üye başlayamamış ve koltukları boş kalmıştır. Fakat Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın görev süresi dolunca yerine gelen yeni başkan diğer üç üyeyi de göreve kabul etmiş ve böylece sonraki dönem parlamentonun seçtiği beş üye de mahkemede görev almaya başlamıştır.

Xero Flor başvurusu, başvurusunun anayasa şikâyetini karara bağlayan Polonya Anayasa Mahkemesi'nin yasayla kurulmuş mahkeme sayılıp sayılmayacağına ilişkindir. Başvurucu bir limited şirket olup faaliyetleri dolayısıyla zarara uğradığı iddiasıyla orman idaresine karşı hukuki süreç başlatmış, iç hukuktaki başvuru yollarını tükettikten sonra AİHM'e başvurmuştur. Başvurucu, anayasa şikâyetini karara bağlayan mahkeme heyetindeki beş hâkimden birinin sonraki parlamentonun yetkisi olmamasına rağmen seçtiği üç üyeden biri olması dola-

48 Marcin Szwed, "The Polish Constitutional Tribunal Crisis from the Perspective of the European Convention on Human Rights: ECtHR 7 May 2021, No. 4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v Poland*", *European Constitutional Law Review*, Cilt 18, Sayı 1, 2022, s. 133. ("The Polish Constitutional Tribunal Crisis")

49 Adam Bodnar, "Polish Road Toward an Illiberal State: Methods and Resistance", *Indiana Law Journal*, Cilt 96, Sayı 4, 2021, s. 1062.

50 AİHM, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polonya*, Baş. No. 4907/18, 7 Mayıs 2021, para. 258-259.

51 A. k., para. 21-22; Ayrıca bkz. Szwed, "The Polish Constitutional Tribunal Crisis", s. 134.

yısıyla AİHS md. 6/1'in ihlal edildiğini iddia etmiştir.⁵² AİHM üç adımlı testini ortaya koyduğu Ástráðsson kararından sonra ilk defa bu başvuruda testi uygulamıştır. Testin ilk adımı olarak başvurucunun şikâyetini karara bağlayan heyetteki hâkimin Anayasa Mahkemesi'ne atanmasının açıkça yasaya aykırı olduğu sonucuna varmıştır. AİHM bu tespitinde ağırlıklı olarak Anayasa Mahkemesi'nin önceki başkanı döneminde verdiği, üç üyenin atanmasını hukuka aykırı bulan karara dayanmıştır.⁵³ Buna göre, söz konusu üye, zaten önceki Parlamento'nun (7. Dönem) hukuka uygun şekilde seçtiği bir üyenin yerine yasaya açıkça aykırı şekilde mahkeme heyetinde bulunmaktadır. Hatırlanacağı üzere Ástráðsson kararında AİHM, yine bir iç hukuk mercii olan İzlanda Yüksek Mahkemesi'nin bu yöndeki kararından hareketle yasaya aykırılık tespiti yapmıştır.

Testin ikinci ayağına gelince AİHM, hem Anayasa Mahkemesi kararına hem de uluslararası örgütlerin ve sivil toplum kuruluşlarının Polonya'daki genel duruma ilişkin raporlarına atıf yaparak söz konusu açıkça kanuna aykırılığın yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının özünü zedeleyecek kadar ağır olduğunu ifade etmiştir.⁵⁴ Mahkeme bu sonuca varırken yine önceki kararda olduğu gibi yapılan usulsüzlüklerin başvurucunun iç hukuktaki davasıyla doğrudan ilgisi olup olmadığını incelememiş, kanuna aykırılığın niteliği üzerinde durmuştur. Testin üçüncü ayağında ise AİHM zaten hükümetin de bu iddiaları iç hukukta inceleyen bir merci bulunmadığını kabul ettiğini ifade ederek başvurucunun yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁵⁵

Görüldüğü gibi Ástráðsson kararı ile *Xero Flor* kararı arasında önemli benzerlikler vardır. Her ikisinde de başvurucunun davasını inceleyen mahkemelere üye atanması sırasında iç hukukun ihlal edildiğine dair iddialar incelenmiştir. Aynı şekilde her iki durumda da iç hukukta bir yargısal makam zaten yasaya aykırılık iddiasını incelemiş ve aykırılık tespit etmişti. Fakat bu tespite rağmen yine de usulsüz olarak mahkemelere atanan hâkimler davalara bakmaya devam etmiş ve nihayetinde bu durum AİHM kararına konu olmuştur. Bundan sonra incelenecek olan kararlarda ise yasaya aykırılığın tespiti nispeten daha karmaşıktır.

2. *Reczkowicz v. Polonya*

Reczkowicz v. Polonya (Reczkowicz) kararında AİHM, Polonya Yüksek Mahkemesi Disiplin Dairesi'nin (Disciplinary Chamber) yasayla kurulmuş mahkeme

52 *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polonya*, para. 174.

53 Szwed, s. 137.

54 *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polonya*, para. 284-287.

55 A. k., para. 288-291.

güvencesini sağlayıp sağlamadığını incelemiştir. Olayların arka planında 2017 yılında yapılan kanun değişikliğiyle Parlamento'ya, Polonya Hâkimler Yüksek Kurulu'na (NCJ) hâkimler arasından üye seçme yetkisinin verilmesi yatmaktadır. Bu kanun çıkmadan önce yeni atanmış üyelerin de dahil olduğu Polonya Anayasa Mahkemesi, NCJ üyelerini hâkimlerin kendilerinin seçmesini öngören kanunu Anayasa'ya aykırı bulmuştu. Bu kanun çıktıktan sonra hem kanunun anayasaya aykırılığı hem de kanuna dayanarak yapılan hâkim atamalarındaki usulsüzlüklere ilişkin çeşitli itirazlar yapılmış ve yargı makamlarına başvurulmuştur.⁵⁶ Hem *Reczkowicz* kararı hem de sonrasında incelenecek diğer kararlar esas olarak NCJ'ye üye seçimindeki iddia edilen usulsüzlüklerin ülkedeki yargı sistemine ve mahkemelere etkisiyle ilgilidir. NCJ ülkede yapılacak hâkim atamaları için Cumhurbaşkanı'na aday teklif etme yetkisine sahiptir.

NCJ'ye üye seçme usulünü değiştiren kanun çıktıktan sonra Yüksek Mahkeme'de iki yeni daire ihdas edilmiştir: Disiplin Dairesi ve Olağanüstü Denetim ve Halkla İlişkiler Dairesi (Chamber of Extraordinary Control and Public Affairs). Parlamento'nun seçtiği üyelerin de dâhil olduğu NCJ bu dairelere yapılacak atamalar için Cumhurbaşkanı'na adayları sunmuş ve dairelere atamalar yapılmıştır.⁵⁷ Bu atamalara karşı NCJ tarafından aday gösterilmeyen yargıçlar atama işlemlerinin iptali için yargısal mercilere başvurmuşlardır. Hem Yüksek İdare Mahkemesi hem de Yüksek Mahkeme birden fazla kararda bu atamaların hukuka aykırı olduğunu şu gerekçelere dayanarak tespit etmişlerdir: NCJ'nin, kanun değişikliğinden sonra aday gösterme sürecinde yasama ve yürütmeye bağımlı hâle gelmesi ve Cumhurbaşkanı'nın atama işlemlerinde karşı imzanın eksik olması.⁵⁸ Ayrıca Yüksek Mahkeme'ye göre NCJ üyelerini Parlamento'nun seçmesi de Anayasa md. 187'ye aykırıdır.⁵⁹ Fakat Polonya Anayasa Mahkemesi bunun üzerine verdiği kararda Yüksek Mahkeme'nin NCJ'nin oluşumunu hukuka aykırı kabul eden kararının anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁶⁰ Görüldüğü üzere iç hukukta hâkimlerin atanma usulünün ülke hukukuna aykırılığı bakımından yüksek mahkemeler arasında ihtilaf vardır.

AİHM'in önüne gelen başvuruda başvuru, Polonya'da mesleki faaliyetlerini sürdüren bir avukattır. Başvurucu bir disiplin cezası almış, itirazları sonucunda dava Yüksek Mahkeme'nin Disiplin Dairesi'ne gelmiş ve Disiplin Dairesi de başvuruçunun temyiz talebini reddetmiştir. Bunun üzerine başvuru-

56 AİHM, *Reczkowicz v. Polonya*, Baş. No. 43447/19, 22 Temmuz 2021, para. 16-22.

57 Bodnar, s. 1069.

58 *Reczkowicz v. Polonya*, para. 35-54.

59 A. k., para. 93-94.

60 A. k., para. 116.

rucu AİHM'e yaptığı başvuruda yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM yine üç adımlı yasayla kurulmuş mahkeme testini uygulamıştır. Testin ilk adımında Disiplin Dairesi'ne atanan hâkimlerin atanma usullerinde açık bir yasaya aykırılık olup olmadığını incelemiştir. Burada AİHM'in yaptığı aslında iç hukuk mercilerinin birbirleriyle çatışan kararları arasında bir seçim yapmaktır. AİHM, Yüksek Mahkeme'nin NCJ'nin kanun ile değişen yapısını anayasaya aykırı bulduğu kararı tercih etmiştir.⁶¹ Hükümetin Yüksek Mahkeme kararının Anayasa Mahkemesi tarafından kaldırıldığı ve etkisiz hâle getirildiği konusundaki itirazını ise Anayasa Mahkemesi'nin kapsamlı, dengeli ve objektif bir şekilde NCJ'nin oluşumunda hukuka aykırılık bulunup bulunmadığını analiz etmediği, kararının ikna edicilikten uzak ve keyfî bir karar olduğu gerekçeleriyle reddetmiştir.⁶² Bunlara ek olarak AİHM, kararı veren Anayasa Mahkemesi heyetinde *Xero Flor* kararında mahkemede görev almalarının yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna varılan üyelerin de bulunduğu tespitini yapmıştır.⁶³ Ayrıca kararda NCJ'nin yasama ve yürütmeden bağımsız olmadığına da atıf vardır.⁶⁴ Bu gerekçelerin çoğu zaten Yüksek Mahkeme'nin ihlal kararında yer almaktadır. AİHM yasaya açık bir şekilde aykırılık tespit ettiği ilk adımda aslında tek bir aykırılığa dayanmamış, birden fazla aykırılığı birbirleriyle bağlantılı şekilde göstermiştir. Böylece NCJ'nin oluşumunda yasaya aykırılık tespit edildikten sonra bu makamın aday göstermesiyle atanan Disiplin Dairesi hâkimlerinin mahkeme heyetinde bulunmaları da açık bir yasaya aykırılık olarak değerlendirilmiştir. Başka bir deyişle, esas yasaya aykırılık NCJ'nin oluşumundadır ve bu da dolaylı olarak Disiplin Dairesi'ni etkilemektedir.

Testin ikinci adımında daha kısa bir değerlendirme yapan Mahkeme, hâkimlerin atanmasını yasama ve yürütmenin orantısız müdahalesine açık bırakan bir yasaya aykırılık hâlinin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının özünü zedeleyecek derecede ağır olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁶⁵ Son olarak Polonya'da başvurucunun iddiasını inceleyen bir merci bulunmadığı sonucuna vararak yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁶⁶

61 A. k., para. 256-257.

62 A. k., para. 258-263

63 A. k., para. 264.

64 A. k., para. 274.

65 A. k., para. 266-277.

66 A. k., para. 279.

Reczkowicz kararı incelenen diğer iki karara önemli ölçüde benzese de bu karar, testin ilk adımı olan yasaya açıkça aykırı durumu tespit etmek bakımından daha karmaşıktır. Çünkü iç hukuktaki yasaya aykırılığın tespitinde Polonya'daki yargısal makamların birbirlerinden tamamen zıt ve birbirlerinin geçerliliğini sorgulayan kararları mevcuttur.⁶⁷ İkinci olarak da AİHM, yasaya açık aykırılık teşkil eden durumun ne olduğunu net şekilde belirtmemektedir. Mutabık oyda bu husus eleştirilmekte ve ihlal edilen yasanın Avrupa standartları mı, kuvvetler ayrılığı prensibi mi, Anayasa md. 187 mi, yoksa yargı bağımsızlığı ilkesi mi olduğunun karardan anlaşılamadığı ve bunların hepsinin kümülatif şekilde kullanıldığı ifade edilmektedir. Aynı üye, Ástráðsson testine göre yasaya aykırılığın açık olması gerektiği, fakat Mahkeme'nin gerekçesinde açıkça yasaya aykırılığın tespitinin otuz dokuz paragraf sürdüğü tespitinde bulunarak kararı eleştirmektedir.

3. *Juszczyszyn v. Polonya*

Juszczyszyn v. Polonya (Juszczyszyn) kararında AİHM, Polonya Yüksek Mahkemesi Disiplin Dairesi'nin yasayla kurulmuş mahkeme şartını sağlayıp sağlamadığını incelemiş ve devamında yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına dair içtihadına yeni bir boyut kazandırmıştır. Mahkeme, md. 6/1 bakımından *Reczkowicz* kararıyla paralel bir karar vermiş ve Disiplin Dairesi'nin vermiş olduğu karar sonucu görevinden uzaklaştırılan hâkimin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Hükümet yaptığı itirazda *Reczkowicz* kararında AİHM'in aslında açık bir hukuka aykırılık tespit etmediğini, NCJ'nin seçilme usulünde kanuna ve anayasaya aykırı bir durumun bulunmadığı ileri sürmüştür.⁶⁸ AİHM bu itiraz karşısında *Reczkowicz* kararında tespit ettiği açıkça yasaya aykırılık durumunun ne olduğunu açıklığa kavuşturmak için bir fırsat elde etmiş fakat genel olarak NCJ'nin yasama ve yürütmeden bağımsız olmasına vurgu yapmıştır.⁶⁹ AİHM'in md. 6/1 ile ilgili ihlal gerekçeleri hemen hemen bir önceki kararıyla aynıdır.

Juszczyszyn kararının AİHM içtihadına yeni bir boyut kazandıran kısmı, yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlalinin AİHS'teki diğer maddi haklara etkisine ilişkindir. Başvurucu görevden uzaklaştırılmasının özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını da ihlal ettiğini ve bu nedenle AİSH

67 Marcin Szwed, *Hundreds of judges appointed in violation of the ECHR?*, <https://verfassungsblog.de/hundreds-of-judges-appointed-in-violation-of-the-echr/> (13.02.2024 tarihinde erişildi).

68 AİHM, *Juszczyszyn v. Polonya*, Baş. No. 35599/20, 6 Ekim 2022, para. 201.

69 A. k., para. 202-206.

md. 8'e aykırılık olduğunu iddia etmiştir. AİHM, Polonya Anayasası'na göre bir hâkimin görevden uzaklaştırılmasının ancak mahkeme kararıyla olacağını fakat Disiplin Dairesi'nin md. 6/1'e ilişkin kararda yapılan açıklamalardan dolayı yasayla kurulmuş mahkeme olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir.⁷⁰ Disiplin Dairesi yasayla kurulmuş bir mahkeme olarak kabul edilmeyince de iç hukukta gösterilen usul izlenmemiş olacak ve bir "mahkeme" tarafından verilmemiş kararlar başvuru görevden uzaklaştırılmış olacaktır. AİHM bu durumda kanunilik ölçütünün karşılanmadığı ve bunun tek başına özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğinin tespiti için yeterli olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁷¹ Bu karar, md. 6/1 bakımından yapılan yasayla kurulmuş mahkeme güvencesinin ihlaline dair tespit etkilerinin yalnızca bu hakla sınırlı olmayabileceğini işaret etmektedir. Bunlara ek olarak AİHM ayrıca AİHS md. 18'in de ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷²

4. *Dolińska-Ficek ve Ozimek v. Polonya ve Wałęsa v. Polonya*

AİHM *Dolińska-Ficek ve Ozimek v. Polonya* (*Dolińska-Ficek ve Ozimek*) başvurusunda Polonya Yüksek Mahkemesi'nin Olağanüstü Denetim ve Halkla İlişkiler Dairesi'ni yasayla kurulmuş mahkeme güvencesi bakımından değerlendirmiştir. Bu başvuruda başvurular, davalarında görev yapan mahkeme heyetinin bazı üyelerinin NCJ'nin tavsiyesi ile atandığını ve bunun yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. AİHM önceki kararlarına çok benzer şekilde NCJ'nin oluşumunda yasaya açıkça aykırılık bulunduğunu tekrar etmiştir.⁷³ Bunun yanında AİHM, söz konusu Daire'ye yapılacak atamalar için NCJ'nin tavsiye işlemi hakkında iç hukukta yürütmenin durdurulması kararı verilmesini fakat bu karara uyulmamasını bir başka yasaya açıkça aykırılık hâli olarak kabul etmiştir.⁷⁴ Bu ikinci durumun ilkinden daha açık bir yasaya aykırılık hâli teşkil ettiğini not etmek gerekir. Bu şekilde testin ilk adımını geçince, AİHM Polonya'ya ilişkin önceki kararlarına atıfta bulunarak hem yasaya aykırılık hâlinin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının özünü etkileyecek kadar ağır olduğunu hem de iç hukukta bu iddiaları inceleyecek bir merci bulunmadığını tespit ederek yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁷⁵

AİHM, *Wałęsa v. Polonya* (*Wałęsa*) kararında da aynı daireyi yasayla ku-

70 A. k., para. 268.

71 A. k., para. 269.

72 A. k., para. 338.

73 AİHM, *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Polonya*, Baş. No. 49868/19 ve 57511/19, 8 Kasım 2021, para. 320.

74 A. k., para. 338.

75 A. k., para. 350-352.

rulmuş mahkeme güvencesi bakımından değerlendirmiştir. Başvurucunun kazandığı bir hakaret davasına karşı davalının, kararın kesinleşmesinden on yıl sonra Olağanüstü Denetim ve Halkla İlişkiler Dairesi'ne yaptığı olağanüstü temyiz başvurusu kabul edilmiş ve karar bozulmuş, sonrasında başvurucunun yaptığı temyiz talebi de reddedilmiştir.⁷⁶ AİHM bu davada da aynı daireyi yasayla kurulmuş mahkeme güvencesi bakımından incelediği *Dolińska-Ficek ve Ozimek* kararına atıfta bulunarak md. 6/1'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁷⁷ Bunun yanında, başvurucunun md. 8 bakımından şikâyeti için, yapılan müdahalenin, söz konusu daire yasayla kurulmuş bir mahkeme sayılmayacağı için yasaya aykırı şekilde kurulmuş bir mahkeme tarafından yapıldığını tespit etmiştir. Bu nedenle *Juszczyszyn* kararında olduğu gibi kanunilik ölçütü bakımından md. 8'in de ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.⁷⁸ AİHM, *Wałęsa* kararında ayrıca Polonya'daki hâkim atamalarına ilişkin genel problemleri göz önünde bulundurarak pilot karar usulünü işletmiştir.⁷⁹

5. *Advance Pharma Sp. Z O.O v. Polonya*

Yüksek Mahkeme'nin Disiplin Dairesi ile Olağanüstü Denetim ve Halkla İlişkiler Dairesi'nin haricinde Hukuk Dairesi'nin de yasayla kurulmuş mahkeme güvencesini sağlayıp sağlamadığı AİHM *Advance Pharma Sp. Z O.O v. Polonya* başvurusunda incelenmiştir. Başvurucunun iç hukuktaki temyiz talebini reddeden mahkeme heyeti içerisinde NCJ'nin önerisi üzerine atanan hâkimler de bulunmaktadır.⁸⁰ Bunun üzerine başvurucu yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur. AİHM, önceki kararlara atıf yaparak hem NCJ'nin oluşumu bakımından hem de NCJ'nin hâkimlerin atanması için tavsiye işlemi hakkında verilen yürütmenin durdurulması kararına uyulmaması bakımından yasaya açıkça aykırılık bulunduğunu tespit etmiştir.⁸¹ Mahkemenin, incelenen diğer kararlarında olduğu gibi yine iç hukukta yasaya aykırılıkları tespit eden yargı mercilerinin görüşüne dayandığı görülmektedir. Testin diğer iki adımı bakımından da önceki kararlarıyla paralel bir sonuca ulaşan AİHM başvurucunun yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

6. *M.L. v. Polonya*

Son olarak *M.L. v. Polonya (M.L.)* başvurusu, yasayla kurulmuş mahkeme-

76 AİHM, *Wałęsa v. Polonya*, Baş. No. 50849/21, 23 Kasım 2023 (Makalenin yazıldığı tarihte karar henüz kesinleşmedi), para. 36.

77 A. k., para. 175-176.

78 A. k., para. 290

79 A. k., para. 327.

80 AİHM, *Advance Pharma sp. z o.o v. Polonya*, Baş. No. 1469/20, 3 Şubat 2022, para. 79-93.

81 A. k., para. 321-334.

de yargılanma hakkı bakımından önemli sonuçlar içermekte ve bir davadaki yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırılığın başka hukuki uyumsuzlukları da etkileyebileceğini göstermektedir. Polonya'da yaşayan başvuru hamileyken doğacak çocuğun genetik bir bozukluk taşıdığını öğrenince kürtaj yaptırmak istemiştir. Fakat bu sırada Ekim 2020'de Polonya Anayasa Mahkemesi'nin kürtaja ilişkin bir kanun maddesini iptal etmesiyle başvuru nun kürtaj yaptırmaya olanağı kalmamış, bunun üzerine başvuru Hollanda'ya giderek bu işlemi yaptırmıştır.⁸² Başvuru AİHS md. 3, 6 ve 8'de yer alan haklarının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur. Mahkeme ise başvuru nun şikâyetini yalnızca md. 3 ve 8 bakımından incelemiştir. AİHM md. 8 bakımından yaptığı incelemede özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına yapılacak müdahalenin kanunilik şartını taşıması gerektiğini hatırlatmıştır. Bu da yapılacak herhangi bir müdahalenin yasaya uygun işleyen/kanuni bir organ tarafından yapılmasını gerektirmektedir.⁸³ AİHM'e göre Anayasa Mahkemesi önündeki iptal davası başvuru tarafından başlatılmadıysa da yasanın iptal edilmesi benzer durumdaki herkesi ve aynı zamanda başvuru yu etkileyen bir hukuki işlemdir.⁸⁴ Anayasa Mahkemesi kararı başvuru bakımından bir karar tesis etmese de özel hayata yapılan müdahalede bir yargı organının kararı etkili olmuşsa md. 8 bağlamında yapılacak incelemede o yargı makamının yasayla kurulmuş mahkeme sıfatını haiz olup olmadığı belirlenmelidir.⁸⁵ Bu noktadan sonra AİHM, ilgili yasayı iptal eden Anayasa Mahkemesi heyetinin yasayla kurulmuş mahkeme olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini incelemiştir. Yasayı iptal eden heyette daha önce *Xero Flor* kararında mahkemeye atanması yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırı bulunan bir hâkim de yer almıştır. AİHM'e göre bu hâkimin yasayı iptal eden heyette bulunması tek başına iptal kararının hukuki etkisini geçersiz kılacak bir durumdur.⁸⁶ Yasayı iptal eden mahkeme yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırı olduğu için ve başvuru nun hakkına müdahale de bu yasanın iptal edilmesi sebebiyle gerçekleştiği için kanunilik ölçütüne aykırılık nedeniyle başvuru nun özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ihlal edilmiştir.⁸⁷

Bu başvuru nun önceliklerden ayrıldığı en önemli nokta, AİHM'in yasayla kurulmuş mahkeme güvencesini ihlal ettiğini tespit ettiği mahkemenin baş-

82 AİHM, *M.L. v. Polonya*, Baş. No. 40119/21, 14 Aralık 2023 (Makalenin yazıldığı tarihte karar henüz kesinleşmedi), para 18-24.

83 A. k., para. 167.

84 A. k., para. 164.

85 A. k., para. 168.

86 A. k., para. 172.

87 A. k., para. 175-176.

vurucunun davasına bakmamış olmasıdır. Daha önceki kararlarda başvuruya konu olan mahkemeler ya başvurucunun davasına ya da anayasa şikâyetine bakmış mahkemelerdi. Fakat *M.L.* başvurusunda yasayla kurulmuş mahkeme hakkını ihlal ettiği tespit edilen Anayasa Mahkemesi önünde başvurucunun herhangi bir davası veya şikâyeti olmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yalnızca dolaylı şekilde başvurucunun hakkını etkilemiştir. Fakat AİHM bu dolaylı etkiye dayanarak özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlaline karar vermiştir.

C. Değerlendirme

AİHM'in üç adımlı testi uyguladığı kararlarda ulaştığı sonuçların tespiti yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının norm alanının belirlenmesi bakımından önemlidir. Kararlardan çıkarılan sonuçlar aşağıda zikredilmiş ve kısaca değerlendirilmiştir.

Kararlarda göze ilk çarpan husus yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının, bağımsız mahkeme ve tarafsız mahkemede yargılanma güvencelelerinden bağımsız olmasıdır. Bu hak tek başına ileri sürülebilir ve bu hak bakımından yapılacak inceleme mahkemenin bağımsızlığına veya tarafsızlığına dair ayrıca bir inceleme yapılmasını gerekli kılmaz. Fakat incelenen kararlarda yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlalini tespit ederken değerlendirilen hususlar çoğu zaman mahkemenin bağımsızlığına da ilişkindir. Bu durum, yasayla kurulma şartını ihlal eden durumların ekseriyetle siyasi amaçlı müdahalelerden kaynaklanmasının doğal bir sonucudur.

Kararlardan çıkarılacak ikinci husus, yasaya aykırılık hâli doğrudan bir mahkemenin hâkimlerinin atanmasına ilişkin olmasa da atama işleminden önce yapılan hukuki işlemlerin usulsüzlüğünün, atanmış hâkimlerin baktıkları mahkemeyi yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırı hâle getirebilmesidir. Örneğin, *Reczkowicz* kararında yasaya aykırılık hâli mahkeme heyetinde bulunan hâkimlerin atanması değil, atanma işleminden önce o hâkimleri Cumhurbaşkanı'na öneren NCJ'nin oluşumudur. NCJ davaya bakmakta olan mahkeme olmasa da bu organın tavsiyesi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından atanmış hâkimlerin bir davaya bakmaları, yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Yani iç hukukta yapılacak atamanın öncesindeki hazırlık işlemlerinde veya atama sürecine dâhil olacak bir organın oluşumunda açık bir yasaya aykırılık hâli yukarıdan aşağıya doğru bütün atama sürecini ifsat edici niteliktedir. Şimdiye kadar AİHM'in verdiği kararlar ülkelerin yüksek mahkemelerinin oluşumundaki usulsüzlüklere yöneliktir. Fakat aynı gerekçeyle daha alt yargısal basamaklardaki mahkemelerin de hâkimlerin atama prosedüründeki usulsüzlükler nedeniyle yasayla kurul-

muş mahkeme güvencesine aykırı bulunması mümkün görülmektedir.⁸⁸

İncelenen kararlardan yola çıkarak ulaşılabilecek üçüncü sonuç, bir kişinin yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine uygun olmayan bir “mahkeme” tarafından verilen norm iptali kararından etkilenmesi durumunda, bu kişinin haklarından birinin dolaylı olarak ihlal edilmiş olabileceğidir. Bu durumun örneği *M.L.* kararında görülmüştür. Başvurucu Anayasa Mahkemesi önündeki iptal davasının herhangi bir şekilde tarafı olmamasına rağmen iptal edilen hükümden etkilendiği için AİHM özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Fakat bu durumda ihlal edilen hak yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı değil sözleşmedeki başka bir maddi haktır. İhlal sebebi ise yasaya aykırı şekilde oluşan bir mahkeme kararının başvuruçuyu etkilemesinin, başvuruçunun bir maddi hakkına müdahalede kanunilik ölçütüne aykırılık teşkil etmesidir.

İncelenen kararlardan çıkarılacak dördüncü sonuç, iç hukukta kişinin Sözleşme’de tanınmış maddi haklarından biriyle ilgili hukuki uyumsuzluğa bakmış mahkemenin yasayla kurulmuş mahkeme güvencesini ihlal ettiği sonucuna ulaşıldığında, AİHM’in ayrıca bu yargı organı önünde kişinin hukuki uyumsuzluğa konu maddi hakkı için de kanunilik ölçütü bakımından ihlal kararı vereceğidir. Yukarıda incelenen *Juszczyszyn* kararı ve *Wałęsa* kararı AİHM içtihadının bu yönüne işaret etmektedir. Bu kararlarda, yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırı oldukları tespit edilen iç hukuktaki mahkemeler başvuruçuların özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına müdahale etmişlerdir. AİHM md. 6/1 altında yapmış olduğu inceleme sonucunda söz konusu yargı mercilerinin yasayla kurulma güvencesini sağlamadıklarından dolayı md. 8 bakımından da bu yargı mercilerinin müdahalelerinin kanunilik ölçütünü sağlamadığı sonucuna varmıştır. Bu gelişmenin AİHM’in md. 6/1 yorumu bakımından bir yenilik olduğu görülmektedir.⁸⁹ AİHM’in bağımsız mahkeme ve tarafsız mahkeme güvenceleriyle ilgili kararları, bu güvenceleri ihlal eden yargı organının baktığı hukuki uyumsuzluğa konu olan maddi hakların da otomatik olarak ihlal edilmiş olacağı yönünde değildi.⁹⁰

88 Karşılaştığımız, Marcin Swzed, “Fixing the Problem of Unlawfully Appointed Judges in Poland in the Light of the ECHR”, *Hague Journal on the Rule of Law*, Cilt 15, 2023, s. 361. Yazar alt mahkemelerdeki hakimler için belirsizlik olduğu görüşündedir; Ayrıca bkz. *Advance Pharma sp. z o.o v. Polonya* farklı gerekçe.

89 Mathieu Leloup, *Wałęsa v Poland: A Forceful Culmination of the Court’s Rule-Of-Law Case Law*, <https://strasbourgoobservers.com/2023/12/08/walesa-v-poland-a-forceful-culmination-of-the-courts-rule-of-law-case-law/> (13.02.2024 tarihinde erişildi).

90 A. g. e. (adı geçen eser) ; Tarafsız mahkeme güvencesi bakımından: AİHM [Büyük Daire], *Kyprianou v. Kıbrıs*, Baş. No. 73797/01, 15 Aralık 2005; Bağımsız mahkeme güvencesi bakımından: AİHM, *Naki ve Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği v. Türkiye*, Baş. No. 48924/16, 18 Mayıs 2021.

AIHM'in hâkimlerin atanması ile yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı arasında bağlantı kurduğu kararlarından çıkan sonuçlar yukarıdaki gibidir. Şüphe yok ki AIHM kararları hukuk devleti ilkesinin önemli bir güvencesini korumaya yöneliktir. Hâkimlerin yasada belirtilen usule uygun şekilde atanmaları kişileri özellikle yürütmenin keyfi müdahalelerine karşı koruyan önemli bir usuli güvencedir. Buna rağmen AIHM içtihadına bazı eleştiriler getirilebilir. Bu eleştirileri iki ana grupta toplamak mümkündür. İlk grup Mahkeme'nin gerekçesindeki eksiklikler ve yeterince açık olmayan hususlardır. İkinci grup eleştiriler ise Mahkeme içtihadının yol açabileceği bazı durumların hukuk devletinin başka güvencelerine, örneğin *res judicata* ilkesine zarar verebilecek olmasına ilişkindir.

Mahkeme'nin gerekçesine ilişkin getirilebilecek eleştiriler daha çok testin ilk adımına ilişkindir. Zaten AIHM de kararlarında daha çok testin bu adımı üstünde durmaktadır. Bazı kararların mutabık oy veya muhalif oy gerekçelerinde belirttiği üzere, mahkemenin tespit ettiği yasaya aykırılık aslında her zaman açık değildir. Halbuki Ástráðsson davasında ortaya konan üç adımlı testin ilk adımı açık bir yasaya aykırılık tespitini gerektirmektedir. Açık bir yasaya aykırılığın, bu kavramın doğası gereği bariz ve hatta ilk bakışta (*prima facie*) görülen bir usulsüzlük olması gerekir. Polonya'ya karşı verilen kararlarda AIHM'in en çok üstünde durduğu yasaya aykırılık hâli NCJ'nin oluşumudur. Fakat yeni NCJ'nin oluşumu en azından görünüşte usulüne uygun yürürlüğe girmiş ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemiş bir kanun değişikliğine dayanmaktadır. İç hukuktaki yüksek mahkemeler yasaya aykırılık bulunup bulunmadığı hususunda anlaşmazlığa düştüğünde, yasaya aykırılık hâlinin en azından AIHM'in üç adımlı testinde formüle ettiği derecede açık olduğunu söylemek zordur. Yasaya açık bir aykırılık olmadığı durumlarda başvurunun yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı bakımından değil de bağımsız mahkeme güvencesi bakımından incelenmesi hukuki olarak daha ikna edici olacaktır.⁹¹

Testin ilk adımıyla ilgili bir diğer belirsiz husus iç hukukta yasaya aykırılığı tespit eden bir merci olmadığında AIHM'in nasıl hareket edeceğinin belirsiz olmasıdır. İncelenen bütün kararlarda AIHM iç hukukta hâkim atamasına ilişkin prosedürlerde yasaya aykırılık tespit eden bir yargı makamının tespitini dayanak noktası olarak kabul etmiş ve gerekçesini buna göre şekillendirmiştir. Fakat kimi zaman iç hukukta hiçbir makam bir mahkemeye hâkimlerin

91 Aynı yönde, bkz. Harris vd., s. 467. Yazarlar görünüşte hukuka uygun fakat yürütme veya yasa organının etkisi altında gerçekleşmiş atamalar için bu güvence bakımından inceleme yapılabileceğini belirtmektedir.

atanmasında yasaya aykırılık bulunduğu tespitini yapmamış olabilir. Bu gibi durumlarda iç hukuktaki yasaya aykırılığı tespit etmek tek başına AİHM'e kalacaktır. Zaten AİHM istisnai hallerde ülkelerin iç hukukunu yorumlama hakkını saklı tutmaktadır.⁹² Fakat yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı bakımından bu değerlendirmenin nasıl yapılacağı henüz bilinmemektedir.

İkinci olarak, Mahkeme içtihadının yol açabileceği bazı sonuçlar hukuk devletinin diğer ilkeleriyle çatışabilecektir. Bu ilkelere en başta hukuki kesinlikle bağlantılı olarak *res judicata* örnek verilebilir. *Res judicata* ilkesi bir uyumsuzluğun yargı kararıyla bir defa çözüldükten sonra kural olarak artık sonsuza kadar karara bağlanmış, çözümlenmiş sayılmasıdır⁹³ Bir uyumsuzluk yargı mercii tarafından kesin olarak çözüme kavuşturulmuşsa artık o mahkeme hükmü kesin hüküm hâline gelir. Yukarıda incelenen kararlarda ise hâkimlerin atanma prosedürlerine ilişkin usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırılık nedeniyle mahkemelerin verdikleri kararları ve bunların hukuki etkisini sakat hâle getirebileceği görülmektedir. Özellikle hâkimlerin atamasında kilit rol oynayan kurumların oluşumundaki usulsüzlüklerin o kurumun dâhil olduğu bütün hâkim atamalarını geriye doğru yasaya aykırı hâle getirebileceği incelenen kararlardan anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda ise bu kurum tarafından atanan hâkimlerin bakmış olduğu bütün davalarda yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının ihlali gündem olacak ve bu yönde bir tespit yapılması durumunda davalar yeniden yargılamaya açık hâle gelecektir. Zira hâkim atamasındaki usulsüzlüğün mahkemenin gördüğü davayla doğrudan bir ilgisinin olmasına ya da mahkemenin bağımsızlığına veya tarafsızlığına hâle getirmesine bakılmamaktadır. Bu sonucun *res judicata* ilkesiyle çatışacağı açıktır. AİHM de Ástráðsson kararında bu potansiyel çatışmanın bilincinde olduğunu ve üç adımlı testin aslında yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı ile hukuk devletinin diğer güvenceleri arasında denge kurma amacını güttüğünü ifade etmiştir.⁹⁴ Bu sebeple hâkim atama prosedüründe açık bir yasaya aykırılık olsa dahi bu yasaya aykırılığın yasayla kurulmuş mahkeme güvencesinin özünü zedeleyecek derecede ağır bir aykırılık olması aranmaktadır. Şayet söz konusu usulsüzlük bu ağırlıkta değilse *res judicata* korunacaktır.⁹⁵

92 Karlsson, s. 1063.

93 Kemal Gözler, "Res Judicata'nın Türkçesi Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 56, Sayı 2, 2007, s. 46.

94 Ástráðsson v. İzlanda, para. 240.

95 Benzer bir davada AB Adalet Divanı'nda AG Sharpstone'un görüşü için bkz, CJEU, Opinion Of Advocate General Sharpston, delivered on 12 September 2019, Cases C-542/18 RX-II and C-543/18 RX-II, para 140 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?sessionId=11F2D3F97F5F1853303EF0BB83B6212B?text=&docid=220903&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8031652#Footref68> (13.02. 2024 tarihinde erişildi)

Yine de AİHM kararları incelendiğinde yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırılığın etkilerinin çok geniş kapsamlı olabileceği ve yapılan usulsüzlükle çok zayıf ve dolaylı bir bağlantısı olsa bile bir mahkemenin kararını sakatlayabileceği görülmektedir. Yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı ile *res judicata* ve hukuki kesinlik ilkeleri arasında olayın şartlarını göz önünde bulundurarak dikkatli bir denge kurmak gerekmektedir.

Sonuç

AİHS bağlamında, hâkimlerin atanmasına ilişkin usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına etkisi AİHM'in yakın zamanda verdiği kararlarla açıklık kazanmıştır. Bu kararlar yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerinden ayrı ve müstakil bir hak olduğunu doğrulamıştır. Bunun da ötesinde AİHM hâkimlerin atanmasına ilişkin hangi usulsüzlüklerin bu hakkı ihlal edeceğini belirleyen üç adımlı testi geliştirmiştir. Bu teste göre, şayet usulsüzlük açık bir yasaya aykırılık hâlinde kaynaklanıyorsa ve bu yasaya aykırılık yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkının özünü zedeleyecek derecede ağırsa ve son olarak da bu iddialar iç hukukta AİHM içtihatlarına uygun bir şekilde incelenmemişse, usulsüz atanmış hâkimlerin karara bağladığı davalarda tarafların yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bunun da ötesinde, kimi durumlarda yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırılığın etkisi, aykırılığın yaşandığı somut hukuki uyumsuzluğun ötesine geçmektedir. Her usulsüzlüğün değil de yalnızca belli bir eşiği geçen usulsüzlüklerin yasayla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını ihlal ettiğinin kabul edilmesi AİHM'in bu hakla hukuk devletinin diğer güvenceleri arasında bir denge kurması çabasının sonucudur.

Hâkim atamalarındaki usulsüzlükler bakımından yasayla kurulmuş mahkeme güvencesine aykırılığın şartlarının oluşması zordur. Zira atamalarda açıkça bir yasaya aykırılık yapılmış olması ve bu aykırılığın da yasayla kurulmuş mahkeme güvencesinin özünü zedeleyecek derecede ağır olması Avrupa Konseyi ülkelerinde sık rastlanan bir durum değildir. Bu nedenle, Mahkeme'nin önceki kararlarının daha çok bağımsız mahkeme ve tarafsız mahkeme güvencelerine yönelik olması anlaşılabilir bir durumdur. Fakat yukarıdaki kararlarda görüldüğü gibi, siyasi saiklerin etkisiyle yasayla kurulmuş mahkeme güvencesi de ihlal edilebilmektedir. İncelenen kararlar, yasayla kurulmuş mahkeme güvencesinin ihlal edilmesinin sonuçlarının bağımsız mahkeme ve tarafsız mahkeme güvencelerinin ihlaline kıyasla daha kapsamlı ve etkisi geniş sonuçları olabileceğini göstermektedir. Bu husus yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının hangi hak/güvence bakımından ihlal edildiğinin tespitini uygulamadaki sonuçları düşünüldüğünde önemli hâle getirmektedir.

KAYNAKLAR

- Bodnar, Adam, “Polish Road Toward an Illiberal State: Methods and Resistance”, *Indiana Law Journal*, Cilt 96, Sayı 4, 2021.
- CJEU, Opinion Of Advocate General Sharpston, delivered on 12 September 2019, Cases C-542/18 RX-II and C-543/18 RX-II, para 140 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=11F2D3F97F5F1853303EF0BB83B6212B?text=&docid=220903&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8031652#Footref68> (13.02. 2024 tarihinde erişildi).
- Doğan, İlyas; Demirdal, Balkan, “Adil Yargılanma Hakkı”, Ed. Doğan, İlyas, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2021.
- Gölcüklü, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılama”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 49, Sayı 1, 1994.
- Gözler, Kemal, “Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 56, Sayı 2, 2007.
- Harris, David; O’Boyle, Michael; Bates, Ed; Buckley, Carla M., *Law of the European Convention on Human Rights*, 5. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2023.
- İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi*, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.
- İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2005.
- Karlsson, Haukur Logi, “The Emergence of the Established “By Law” Criterion for Reviewing European Judicial Appointments”, *German Law Journal*, Cilt 23, Sayı 8, 2022.
- Leloup, Mathieu, *Walesa v Poland: A Forceful Culmination of the Court’s Rule-Of-Law Case Law*, <https://strasbourgobservers.com/2023/12/08/walesa-v-poland-a-forceful-culmination-of-the-courts-rule-of-law-case-law/> (13.02.2024 tarihinde erişildi).
- Pech, Laurent, *7 Years Later: Poland as a Legal Black Hole*, <https://verfassungsblog.de/7-years-later-poland-as-a-legal-black-hole/> (12.02.2024 tarihinde erişildi).
- Pech, Laurent; Wachowiec, Patryk; Mazur, Dariusz, “Poland’s Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU’s (In)Action”, *Hague Journal on the Rule of Law*, Cilt 13, Sayı 1, 2021.
- Rizcallah, Cecilia; Davio, Victor, “The Requirement that Tribunals be Established by Law: A Valuable Principle Safeguarding the Rule of Law and the Separation of Powers in a Context of Trust”, *European Constitutional Law Review*, Cilt 17, Sayı 4, 2021.
- Sunnqvist, Martin, “Impartiality and Independence of Judges: The Development in European Case Law”, *Nordic Journal of European Law*, Cilt 5, Sayı 1, 2022.
- Szwed, Marcin, “Fixing the Problem of Unlawfully Appointed Judges in Poland in the Light of the ECHR”, *Hague Journal on the Rule of Law*, Cilt 15, 2023.
- Szwed, Marcin, “The Polish Constitutional Tribunal Crisis from the Perspective of the European Convention on Human Rights: ECtHR 7 May 2021, No. 4907/18, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v Poland”, *European Constitutional Law Review*, Cilt 18, Sayı 1, 2022.
- Szwed, Marcin, *Hundreds of judges appointed in violation of the ECHR?*, <https://>

verfassungsblog.de/hundreds-of-judges-appointed-in-violation-of-the-echr/ (13.02.2024 tarihinde erişildi).

- Takcı, Tuğçe, *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Torun, Fatih, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Fazlı Aslaner/ Türkiye Kararı Bağlamında Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 37, Sayı 1, 2020.
- Turan, Hüseyin, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Wiącek, Marcin, “Constitutional Crisis in Poland 2015–2016 in the Light of the Rule of Law Principle”, Ed. von Bogdandy, Armin; Bogdanowicz, Piotr; Canor, Iris; Grabenwarter, Christoph; Taborowski, Maciej; Schmidt, Matthias, *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Cilt 298, Springer, Heidelberg, Berlin, 2021.

Mahkeme Kararları

- AİHM [Büyük Daire], *Guðmundur Andri Ástráðsson v. İzlanda*, Baş. No. 26374/18, 01.12.2020.
- AİHM [Büyük Daire], *Kyprianou v. Kıbrıs*, Baş. No. 73797/01, 15 Aralık 2005.
- AİHM, *Advance Pharma sp. z o.o v. Polonya*, Baş. No. 1469/20, 3 Şubat 2022.
- AİHM, *Bahaettin Uzan v. Türkiye*, Baş. No. 30836/07, 24 Kasım 2020.
- AİHM, *Bilgen v. Türkiye*, Baş. No. 1571/07, 9 Mart 2021.
- AİHM, *Demicoli v. Malta*, Baş. No. 13057/87, 27 Ağustos 1991.
- AİHM, *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Polonya*, Baş. No. 49868/19 ve 57511/19, 8 Kasım 2021.
- AİHM, *Golder v. Birleşik Krallık*, Baş. No. 4451/70, 21 Şubat 1975.
- AİHM, *Ilatovskiy v. Rusya*, Baş. No. 6945/04, 9 Temmuz 2009.
- AİHM, *Juszczyzyn v. Polonya*, Baş. No. 35599/20, 6 Ekim 2022.
- AİHM, *M.L. v. Polonya*, Baş. No. 40119/21, 14 Aralık 2023 (Makalenin yazıldığı tarihte karar henüz kesinleşmedi).
- AİHM, *Miracle Europe KFT v. Macaristan*, Baş. No. 57774/13, 12 Ocak 2016.
- AİHM, *Mutu ve Pechstein v. İsviçre*, Baş. No. 40575/10 ve 67474/10, 2 Ekim 2018.
- AİHM, *Naki ve Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği v. Türkiye*, Baş. No. 48924/16.
- AİHM, *Posokhov v. Rusya*, Baş. No. 63486/00, 4 Mart 2003.
- AİHM, *Reczkowicz v. Polonya*, Baş. No. 43447/19, 22 Temmuz 2021.
- AİHM, *Steininger v. Avusturya*, Baş. No. 21539/07, 17 Nisan 2012.
- AİHM, *Wałęsa v. Polonya*, Baş. No. 50849/21, 23 Kasım 2023 (Makalenin yazıldığı tarihte karar henüz kesinleşmedi).
- AİHM, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polonya*, Baş. No. 4907/18, 7 Mayıs 2021.

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Zeytinliklerde Madencilik Faaliyetinin Yürütülmesine İlişkin Hukuki Bir Değerlendirme*

A Legal Assessment of Mining Activities in Olive Groves

Hüseyin Melih ÇAKIR****ÖZ**

1939 yılında yürürlüğe giren 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun, ülkemizin zeytin üretimini artırabilmek için zeytinliklerin ıslahı ve zeytinciliğin teşviki amacıyla yürürlüğe konulmuş bir kanundur. Zeytinlikleri ıslah ederek üretimini ve ihracatını artırmayı hedef tutan 3573 sayılı Kanun, kamuoyunda zikredilen aksine, “zeytinlik koruma kanunu” hüviyeti taşımamaktadır. 3573 sayılı Kanun’da 28.02.1995 tarih ve 4086 sayılı Kanun’la önemli değişiklikler yapılmıştır. Kanun’da yapılan en göze çarpan ve önemli değişikliğin, orman sınırları dışında kalan ve zeytincilik faaliyeti için elverişli olan Devletin hüküm ve tasarrufunda olan alanların, en az 25 dönümlük parseller halinde zeytinlik saha olarak ilan edilmek suretiyle zeytin istihsaline ayrılması, talep eden kişilere tahsis ve sonrasında devir edilmesine imkan tanınması ve bu sahaların korunması olduğunu söylemek mümkündür. 3573 sayılı Kanun’un koruma rejimi, tespit, ilan ve tahsis olunan zeytinlik sahalara ilişkindir. Zeytinlik saha ve zeytinlik farklı hukuki statüleri ifade etmektedir. Zeytinlikler dikili tarım arazisi niteliğinde olup; 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun hukuki rejimine tabidir. Bu nedenle zeytinliklerde yürütülecek madencilik faaliyeti, 5403 sayılı Kanun’un öngördüğü hukuki rejim dahilinde ele alınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Zeytinlik, zeytinlik saha, maden izni, tarım dışı kullanım, 3573 sayılı kanun.

* Makale gönderim tarihi: 02.04.2024. Makale kabul tarihi: 09.05.2024, Hüseyin Melih Çakır, “Zeytinliklerde Madencilik Faaliyetinin Yürütülmesine İlişkin Hukuki Bir Değerlendirme”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2024, s.53-86, DOI: <https://DOI.org/10.46547/imuhfd.2024.11.1.5>.

** Doç. Dr., Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: melih.cakir@marmara.edu.tr, [0000-0003-3164-3407](https://orcid.org/0000-0003-3164-3407).

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

ABSTRACT

The Law No. 3573 on the Improvement of Olive Cultivation and the Grafting of Wild Types, which entered into force in 1939, is a law enacted with the aim of increasing our country's olive production by improving olive groves and promoting olive cultivation. Contrary to what is mentioned in public, Law No. 3573, which aims to increase production and export by improving olive groves, does not carry the identity of an "olive grove protection law." Significant changes were made to Law No. 3573 with Law No. 4086 dated 28.02.1995. It is possible to say that the most prominent and important amendment made in the Law is the allocation and subsequent transfer of the areas outside the borders of forests, which are suitable for olive cultivation, to olive cultivation by declaring them as olive grove areas in parcels of at least 25 acres, and allowing the allocation and subsequent transfer of these areas to the persons who demand and protecting these areas. Law No. 3573's protection regime is related to olive grove areas that are identified, declared and allocated. Olive grove area and olive grove express different legal statuses. Olive groves are considered agricultural land with trees; they are subject to the legal regime of the Law No. 5403 on Soil Protection and Land Use. Therefore, mining activities to be carried out in olive groves should be considered within the legal regime provided by Law No. 5403.

Keywords: Olive grove, olive grove area, mining permission, non-agricultural use, law no. 3573.

Giriş

Madenlerin ülkelerin ekonomisi ve kalkınması açısından ihtiva ettiği önemi yadsımak mümkün değildir. Sanayi ve enerji sektörlerinde ihtiyaç duyulan hammaddenin bu kaynaklardan sağlandığı herkesin malumdur. Talep edilen hammaddenin sağlanması ya da sağlanamaması, üretim, tüketim, ithalat-ihracat dengesi gibi birçok hususu doğrudan etkilemektedir. Madenlerin sahip olduğu bu önemli 'etkiler' ile madencilik faaliyetinin diğer kamuya yararlı faaliyetler üzerinde ortaya çıkardığı 'yan etkiler' daima tartışma konusu olmaktadır. Zeytinliklerde madencilik faaliyeti yürütülmek istenmesi halinde de aynı kader paylaşılmaktadır.

Madenin çıkarılmasının ülke ekonomisine, kalkınmaya, istihdama vb. olumlu etkisi ile madenciliğin -doğası gereği- ruhsat sahasında bulunan zeytinliklerde yaratacağı olumsuz/yan etkinin karşılaştırılması doğal, hatta gerçekleştirilmesi zorunlu bir değerlendirmedir. Benzer değerlendirmeler, maden sahasıyla çakışan ve kamusal yarar doğuran diğer alanlarda (ormanlar, meralar, içme ve kullanma suyu havzaları vb.) madencilik faaliyeti yürütülmesinde de yapılmaktadır. Zeytinlikleri diğer sahalardan ayıran husus ise, zeytinliklerde madencilik faaliyetinin yürütülmek istenmesi halinde, bu değerlendirme-

nin 1939 yılında yürürlüğe giren 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun kapsamında gerçekleştiriliyor oluşudur.

Bu gerçeklikten hareketle, zeytinliklerde yürütülecek madencilik faaliyetine ilişkin değerlendirme yapabilmek için, önce 3573 sayılı Kanun ve öngördüğü hukuki rejimin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu kapsamda, gerek idarenin gerekse de yargı mercilerinin, madencilik faaliyeti ekseninde 3573 sayılı Kanun'u ne denli isabetli yorumladığı ve uyguladığı ortaya konulacaktır.

Kanun'un amacı, kapsamı ve hukuki rejimi ortaya konulduktan sonra, zeytinliklerin hukuki statüsü ile zeytinliklerde madencilik faaliyeti yürütülmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Bu sorunun cevabının 'evet' olması halinde, zeytinliklerde madencilik faaliyetinin yürütülmesinin şartları ve usulü ele alınacaktır.

I. Madenlerin Hukuki Çerçevesi

Anayasamızın 168. maddesine göre, “(t)abii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir”. Anayasa hükmü gereği, tabii servetler ve kaynaklar; madenler, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Nitekim 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 4. maddesinde bu durum tekrar ifade edilmiştir. Buna göre, “(m)adenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde buldukları arzın mülkiyetine tabi değildir”. Ülkemizde, madenlerin devletin hüküm ve tasarrufu altında olması sistemi (domanialite) ile kişilere işletme hakkının devrine imkân verilmesi sistemi (regalien) birlikte tatbik edilmektedir¹.

Hangi maddelerin 'maden' olarak nitelendirileceği meselesi ise hukuki rejimin tespiti açısından bir diğer önemli konu olarak karşımıza çıkmaktadır. 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 2. Maddesine göre, “(y)er kabuğunda ve su kaynaklarında tabii olarak bulunan, ekonomik ve ticarî değeri olan petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları dışında kalan her türlü madde bu Kanuna göre madendir”. Bilimsel bir belirleme yöntemi yerine hukuksal bir tanım-

1 Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt 2, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1372-1373.; Hikmet Sami Türk, “Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerinde Açıklamalar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 36, Sayı 1-4, Ocak 1979, s. 84. Madenleri içinde buldukları arazinin bütünlüyci parçası olarak gören 'accession sistemi'nin bugün artık dünyanın hemen her yerinde terk edildiği ifade edilmektedir. Türk, s. 84

lamanın ön plana çıktığı ifade edilen hükümde kanun koyucu, “petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları”nı ayırdıktan sonra; “(y)er kabuğunda ve su kaynaklarında tabii olarak bulunan, ekonomik ve ticarî değeri olan (...)her türlü madde”nin ‘maden’ olarak 3213 Kanun kapsamında mütalaa edileceğini ifade etmiştir². Maddenin devamında “(m)adenler aşağıda sıralanan gruplara göre ruhsatlandırılır” denilmek suretiyle de, -sayılanlarla sınırlı olmayacak şekilde³- Kanun kapsamında yer alan madenler ve ruhsatlandırılacağı gruplar belirlenmiştir. Madencilik faaliyetleri ise, madenin aranması, işletilmesi, depolanması gibi madene ilişkin ruhsat sahasında yürütülen faaliyetleri ifade etmektedir⁴. Bu belirlemeden hareketle, 3213 sayılı Kanun kapsamında ‘maden’ olarak mütalaa edilen maddeler ile madenlerin hukuki rejimine tabi olacak faaliyetleri tespit etmek mümkün olabilecektir.

II. 3573 Sayılı Zeytinciliğin İslahı ve Yabancılarının Aşılattırılması Hakkında Kanun’a İlişkin Genel Değerlendirme

1939 yılında yürürlüğe giren 3573 sayılı Zeytinciliğin İslahı ve Yabancılarının Aşılattırılması Hakkında Kanun⁵, ülkemizin zeytin üretimini artırabilmek için zeytinliklerin ıslahı ve zeytinciliğin teşviki amacıyla yürürlüğe konulmuş bir kanundur. Yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti’nde sanayinin hemen hemen hiç olmaması, tarımın da iptidai durumda bulunması, Cumhuriyetimizin ilk yıllarında tarımsal amaçlı kalkınmayı gerçekleştirebilmek adına zeytin ve zeytinciliğin ele alınmasına neden olmuştur⁶. Zeytinlikleri ıslah ederek üretimini ve ihracatını artırmayı hedef tutan 3573 sayılı Kanun, kamuoyunda zikredilenin aksine, “zeytinlik koruma kanunu” hüviyeti taşımamaktadır. Nitekim Kanun’un gerekçesine bakıldığında da bu durumu görmek mümkündür.

2 Gülan, *Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri*, Lamure Yayınları, İstanbul, 2008, s. 129.

3 Kanun’un 2/3.maddesinde yer alan “...bu maddede yer almayan bir madenin grubunun tespitine ait esas ve usuller Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir” hükmü, sayılan madenlerin dışında da maden tespitinin yapılabileceğine işaret etmektedir. Bkz. Maden Yönetmeliği, madde 6: “Kanunda sayılan ve bu Yönetmelikte belirtilen madenler dışında yeni bir madenin tespit edilmesi durumunda bu madenin grubu; mineralojik, fiziksel ve kimyasal özellikleri, kullanım alanları göz önünde bulundurularak bu Yönetmelikte gerekli değişiklik yapılarak belirlenir”.

4 3213 sayılı Kanun, madde 3: “Madencilik Faaliyetleri: Madenlerin aranması, üretime yönelik hazırlık çalışmaları, üretilmesi, sevkiyatı, cevher hazırlama ve zenginleştirme, atıkların bertarafı, ruhsat sahasındaki stoklama/depolama işlemleri, maden işletmelerinin kapatılması ve çevre ile uyumlu hale getirilmesi ile ilgili tüm faaliyetler ve bu faaliyetlere yönelik geçici tesislerin yapılması”.

5 Resmî Gazete Tarihi: 07.02.1939 Resmî Gazete Sayısı: 4126.

6 Mesut Anıl, “Zeytin Yasasının Maden İşletmeciliği Üzerindeki Olumsuz Etkisi”, Editör Prof. Dr. Ali Şafak Bah, *Maden Hukuku Sempozyumu*, Astana Yayınları, Afyonkarahisar, 2015, s. 426.

3573 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi şu şekildedir: “*Mevcut mahsuldar zeytinliklerimizden istihsal edilen dane zeytin ve yağ gerek kemiyet ve gerekse keyfiyet itibarile diğer zeytinci memleketlerden daha düşüktür. Bunun başlıca sebebi de mahsuldar zeytinliklerde timar ve bakımın lâyikile ve feneye uygun olarak yapılmaması ve yağ istihsal eden yağhane ve fabrikaların iptidâî bir halde bulunmasıdır. Memleketimizin ihraç malları arasında zeytinin mühim bir mevki alabilmesi ziraat ve sanayiinin ıslah ve tanzimile mümkündür. Bunun için de mahsuldar zeytinliklerin verim kabiliyetlerini yükseltecek olan rasyonel ziraat ve bakım sistemlerinin tesisi zaruridir. (...)*

Halen mevcut 54 milyon raddesindeki yabanî zeytin ağaçlarından mahsul bakımından hiç istifade edilmemektedir. Halbuki, bunlar da aşılana mahsuldar hale getirildikleri takdirde zeytin gelirimiz büyük mikyasa yükselecektir. Fakat bunun yerine getirilmesi için yabani zeytin sahalarının aşılama şartile isteyenlere verilmesi vardır. Bu hal bu zeytinlerin memleket servetine bir şey katması bakımından ehemmiyetli olduğu kadar çiftçiyi toprak sahibi yapmak bakımından da ehemmiyetlidir. Bu itibarla yabanî zeytinlikler sahalarının kısım, kısım orman mefhumu dışında bırakılması ve bunların açma, aşılama ve bakım işlerinin zeytin bakım teşkilâtı yolile yapılması uygun görülmüştür. (...)

Mahsuldar zeytinliklerde tatbik edilecek bu tedbirler sayesinde bu günkü zeytinyağ hâsılatımız kısa zamanda iki misline çıkarılabilir. Bu suretle bu günkü gelir de bir misli fazlasına iblâğ edilmiş olur. Bu kanunla mahsuldar zeytinliklerimiz verimi arttırılacağı ve yeniden mahsuldar zeytinlikler meydana getirileceği gibi mevcut zeytin yağhane ve fabrikalarımızın teknik ve rasyonel bir halde çalışmalarını da temin edileceğinden istihsal olunacak yağların kalite kıymet farklariyle beraber müstakbel istihsalâtımızın kıymeti bu günkü 10 milyon liraya mukabil 29 milyon liraya baliğ olacaktır”⁷.

Görüldüğü üzere, 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun, var olan zeytinlikleri ıslah ederek üretime kazandırmak, yabani zeytin sahalarının aşılama şartıyla çiftçiye tahsis etmek suretiyle zeytinciliği özendirmek, çiftçiyi toprak sahibi yapmak ve böylece üretimi ve verimi arttırmak, bu faaliyetlerin gereği gibi ifasını sağlamak adına ‘zeytin bakım teşkilatı kurmak’ ve çiftçiye bu işleri yapabilmesi için kredi imkanı sağlamak suretiyle genç Cumhuriyetin tarımsal kalkınmasını gerçekleştirmek amacıyla yürürlüğe konmuştur.

7 3673 sayılı Kanun Genel Gerekçesi, s. 1-2. (Erişim Tarihi: (E.T) 20.12.2023) <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d05/c029/tbmm05029018ss0031.pdf>.

Kısacası, 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun, bir 'koruma kanunu' değil, 'özendirme ve destekleme kanunu'dur. Zeytinliklerin korunmadan ıslah edilemeyeceği ileri sürülebilecekse de, Kanun'un hedefi mahsuldar zeytinliklerin korunması değil, zeytincilik faaliyetinin ıslahı ile yabancı zeytinliklerin ekonomiye kazandırılması suretiyle verimin ve gelirin artırılmasıdır. 3573 sayılı Kanun'un lafzı ve ruhunda, ıslah, özendirme ve destekleme esas alınmıştır. Kanun'un yürürlüğe konulması, zeytinliklerde yürütülmek istenilen diğer kamuya yararlı sanayi ve endüstriyel faaliyetlerin kategorik olarak yasaklanması veya dışlanması amacına matuf değildir⁸. Bu anlama gelebilecek herhangi bir düzenleme de Kanun'un ilk halinde yer almamaktadır.

3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun'da 28.02.1995 tarih ve 4086 sayılı Kanun'la önemli değişiklikler yapılmıştır. Kanun'un yürürlüğe girdiği 1939 yılından yaklaşık elli beş sene sonra bu değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Aradan geçen bu uzun süre zarfında, ülkemizin ve dünyanın kaydettiği ekonomik gelişim ve teknolojik ilerleme ile zeytinciliğin ve tarımsal üretim-kalkınmanın farklı bir boyut kazanması, Kanun'un değişen ve gelişen ihtiyaçları karşılaması ile zeytinciliğin özendirilmesi ve desteklenmesi konusunda yetersiz kalmasına yol açmıştır. Ayrıca, faaliyetin yürütülmesi sırasında karşılaşılan zorlukların aşılmasında yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulması, 3573 sayılı Kanun'da değişikliğe gidilmesinin bir diğer nedeni olarak ifade edilebilecektir. Ancak yapılan bu önemli değişiklikler sonrasında, Kanun'un ana felsefesinde farklılık oluşmadığı ifade edilmelidir.

Kanun'da yapılan en göze çarpan ve önemli değişikliğin, -çağın gereklerine uygun ve isabetli şekilde- münferit olarak zeytinliklerin ıslah edilmek suretiyle üretime kazandırılması anlayışından vazgeçilerek; orman sınırları dışında kalan ve zeytincilik faaliyeti için elverişli olan Devletin hüküm ve tasarrufundaki alanların, en az 25 dönümlük parseller halinde 'zeytinlik saha' olarak ilan edilmek suretiyle zeytin istihsaline ayrılması, talep eden kişilere tahsis ve sonrasında devir edilmesine imkan tanınması olduğunu söylemek mümkündür. (m.3/1)

Kanun'da yapılan değişikliğin konusu ve amacı, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve zeytinciliğe elverişli alanların, öncelikle özendirilerek zeytin üretiminde kullanılmasının sağlanması, sonrasında da muhafazasıdır. Kanun koyucu bu sayede, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan saha-

8 Kanun'un böyle bir amacı gütmemesi, tarihsel süreç açısından da açıklanabilir değildir. Zira, 1939 tarihli Kanun'un yürürlüğe girdiği dönemde, -sermayenin çok kısıtlı olması nedeniyle- maden, sanayi ve endüstri temelli kalkınma esas alınmamıştır. Bu nedenle yasa koyucu, 3573 sayılı Kanun'la, özendirmek ve desteklemek suretiyle, zeytinciliği ıslah ederek tarımsal amaçlı kalkınmayı sağlamayı kısmen de olsa gerçekleştirmek istemiştir.

larda yürütülen zeytincilik faaliyetinin en az 25 dönümlük alanlarda gerçekleştirilmesini sağlamak suretiyle, zeytinciliği ekonomik değer ifade eder ve karlı hale dönüştürmek istemekte; bu faaliyeti, icra edecek kişiler için cazip hale getirmekte ve dolaylı olarak teşvik etmektedir. Tespit ve ilan olunan bu sahaların içinde ve bu sahalara en az 3 kilometre mesafede kimyevi atık bırakan, toz ve duman çıkaran tesis yapılamayacağı ve işletilemeyeceği ile bu sahaların daraltılamayacağı da yine mezkur değişiklikle getirilmiştir. (m.20/1-2)

3573 Kanun'da kapsamlı değişiklik yapan 28.02.1995 tarih ve 4086 sayılı Kanun'un gerekçesinde de, 'zeytinliklerin' korunmasından değil; zeytin istihsalinde kullanılmaya elverişli, Tarım ve Orman Bakanlığı'nca tespit ve ilan olunan, ekonomik değer ifade edecek şekilde en az 25 dönümlük parsellere ayrılan 'zeytinlik alanların/sahaların' korunmasından bahsedilmektedir. Bu kapsamda, 'zeytinlik saha' ile 'zeytinlik' ya da 'zeytinli tarla' kavramlarının farklı anlamlar ifade ettiğine dikkat çekilmelidir.

III. Zeytinlik Saha ile Zeytinlik Ayrımı

3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabancılarının Aşılattırılması Hakkında Kanun'a dair yapılan tartışmalar ile yargı kararlarında gözden kaçırılan en önemli husus, 'zeytinlik saha' ile 'zeytinlik' ya da 'zeytinli tarla'nın farklı hukuki statülere sahip olmasıdır. Bu iki farklı statüye sahip alanın hatalı şekilde aynı hukuki rejime tabi tutulması, bugün kamuoyunda zeytincilik üzerinden yapılan tartışmaların temelini teşkil etmektedir. İki alanın ortak özelliği, üzerlerinde zeytin ağacı bulunmasıdır. Bu ortak nokta, diğer tüm farkların önüne geçmekte ve tedahüle yol açmaktadır. Halbuki bu alanların tespiti, mülkiyet rejimi ile bu tespite bağlanan hukuki sonuçlar birbirinden tamamen farklıdır.

A. Zeytinlik Saha

3573 sayılı Kanun'un 2. Maddesine göre, "(o)rman sınırları dışında bulunan ve Devletin hüküm ve tasarrufunda olan yabancı zeytinlik, Antep fıstığı ve harnupluklar ve her nevi sakız neveleri ile orman sınırları dışında olup da 17.10.1983 tarih ve 2924 sayılı Kanun kapsamında bulunmayan zeytin yetiştirmeye elverişli fundalık ve makilikler Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca tespit edilip haritalanır". Görüldüğü üzere kanun koyucu, yabancı zeytinliklerin yanı sıra, Antep fıstığı, harnupluk, her nevi sakız neveleri ile zeytin yetiştirmeye elverişli fundalık ve makiliklerin de tespiti ve haritalandırılmasını düzenlemektedir. Tarım idaresince tespit edilen ve haritalandırılan bu alanların, nasıl tespit ve ilan edileceğine ilişkin düzenleme ise, 1995 yılında yapılan değişiklik sonrasında, 3573 sayılı Kanun'un 3.maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, "(y) ukarıdaki madde gereğince tespit edilen alanlar yerel koşullar dikkate alınmak suretiyle Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca belirlenecek esaslara göre en

az 25 dönümlük parseller halinde parsellenir ve bilinen araçlarla ilan edilir". Kanun koyucu, 'zeytinlik saha' olma niteliğini haiz fundalık ve makilik alanların, en az 25 dönüm parseller halinde parsellenerek ilan edilmesini öngörmüştür. Bu parselleme ve ilana ilişkin esasların da yine Tarım ve Orman Bakanlığı'nca belirleneceği ifade edilmiştir.

Zeytinciliğin Islahı, Yabanilerin Aşılattırılmasına Dair Yönetmelik'in⁹ II. Bölümünde, "zeytinlik saha" tespitinin ne şekilde yapılacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir:

Komisyon

Madde 6- Mahalli Müdürlüklerce sekreteryası yürütülen Komisyonun başkanı mahallin en büyük mülki amiridir. Mülki amirin bulunmadığı halde Komisyon Başkanı mahallin Tarım İl veya İlçe Müdürüdür. Komisyon 6 üyeden oluşur. Komisyonunda kararlar çoğunlukla alınır. Oyların eşitliği halinde başkanın oyu 2 oy sayılır.

Tesbit

Madde 7 - 26.1.1939 tarih ve 3573 Sayılı Kanun'a, 28.2.1995 tarih ve 4086 sayılı Kanun'un 7 inci maddesi ile eklenen EK-2 inci maddesinde belirtilen yerler hariç, orman sahaları dışında kalan ve Devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan yabancı zeytinlik, antepfıstığı ve harnupluklar ile her türlü sakız çeşitlerinin bulunduğu yerler ve 17.10.1983 tarih ve 2924 Sayılı Kanun kapsamında bulunmayan, orman sınırları dışında, zeytin yetiştirmeye elverişli fundalık ve makilik alanlar; Komisyonlarca belirlenir, detay rapor ve kroki-lere dayalı olarak haritalanır. Uygulama buna göre yapılır.

İlan

Madde 8- 7 nci madde gereğince tesbit edilen alanlar yerel koşullar dikkate alınmak suretiyle Bakanlıkça belirlenecek esaslara göre enaz 25 dönümlük parçalar halinde parsellenir ve bilinen araçlarla ilan edilir.

Görüldüğü üzere Kanun'da gösterilen temel ilkeler çerçevesinde, 'zeytinlik saha'sının tespit usul ve esasları Zeytinciliğin Islahı, Yabanilerin Aşılattırılmasına Dair Yönetmelik'te gösterilmiştir. Bir diğer ifadeyle, üzerinde zeytin üretimi gerçekleştirilen ya da gerçekleştirilmek istenen bir alanın, 'zeytinlik saha' olarak nitelendirilebilmesi ve onun hukuki rejimine tabi olabilmesi için, bu sahanın yukarıda yer verilen mevzuat dahilinde oluşturulacak bir komisyon tarafından, en az 25 dönümlük parseller şeklinde tespit ve ilan olunması gerekmektedir.

9 Resmî Gazete Tarihi: 03.04.1996 Resmî Gazete Sayısı: 22600.

Her ne kadar Danıştay 8. Dairesi T. 19.2.2015, E. 2012/6113, K. 2015/998 sayılı kararıyla¹⁰, mezkur Yönetmelik'in 4. maddesinde yapılan "zeytinlik saha" tanımında yer alan "en az 25 dekarlık alan" ifadesini, 3573 sayılı Kanun'da bu yönde bir büyüklük aranmadığı gerekçesiyle iptal etmişse de bu karar isabetli değildir. 8. Daire gerekçesinde, zeytin yetiştirmeye elverişli fundalık ve makilik alanlara ilişkin Kanun'da yer alan en az 25 dönümlük parseller şeklinde parsellemesine yönelik hükmün, "zeytin yetiştirmeye elverişli olduğu tespit edilmiş alanlardan ilgililere tahsis edilecek parsellere dair olarak getirilmiş olup, zeytinlik alanlar hakkında asgari büyüklük şartı getiren bir hüküm" olmadığını ifade etmiştir. Halbuki, yukarıda yer verdiğimiz üzere¹¹, en az 25 dönümlük parseller oluşturulması, 3573 sayılı Kanun'a 1995 yılında yapılan değişiklikle getirilmiş, zeytinlik saha tespitine ilişkin temel kriter olarak belirlenmiştir.

Öte yandan, 8. Daire, -hatalı bir değerlendirmeye- Kanun'da "asgari büyüklük şartı" olmadığını ifade ederken; "bu ifade(nin), zeytin yetiştirmeye elverişli olduğu tespit edilmiş alanlardan ilgililere tahsis edilecek parsellere dair olarak getirilmiş" olduğunu söylemektedir. Yani, 'zeytinlik saha'nın tespitinden bahsedebilmek için, "zeytin yetiştirmeye elverişli olduğu tespit edilmiş alanlar"ın varlığı gerekmektedir.

Nitekim, 8. Daire kararını onayan İdari Dava Daireleri Genel Kurulu kararında karşı oylardan birinde de bu duruma, 'Kanun uyarınca oluşturulan saha' olarak şu şekilde işaret edilmiştir: "...3573 sayılı Kanunda alelümum (herkes açık, herkesin faydalanabileceği) aşılı ve yabancı zeytinlikler ile bu Kanun uyarınca oluşturulan ve vatandaşlara devredilen zeytinlik sahalarının durumu düzenlenmiştir. Dolayısıyla Kanunun koruma altına aldığı zeytinlik alanları, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, kanunda öngörülen usule vatandaşlara tapuları devredilen ve bu nedenle de özel olarak bazı sınırlamalara

10 8.Dairenin gerekçesi şu şekildedir: "Her ne kadar 3573 Sayılı Kanun'un 3. maddesinde, "...tespit edilen alanlar yerel koşullar dikkate alınmak suretiyle Bakanlık tarafından belirlenecek esaslara göre en az 25 dönümlük parseller halinde parsellenir" ifadesi yer almakta ise de, bu ifade, zeytin yetiştirmeye elverişli olduğu tespit edilmiş alanlardan ilgililere tahsis edilecek parsellere dair olarak getirilmiş olup, zeytinlik alanlar hakkında asgari büyüklük şartı getiren bir hüküm içermemektedir. Bu durumda; Kanun'un zeytinlik alanları korumaya, iyileştirmeye ve yeni zeytinlik alanlar kurmaya yönelik hükümleri gereği zeytinlik alanların daraltılması, küçültülmesi mümkün olmadığından ve Kanun'da bir alanın zeytinlik saha olarak saptanabilmesi için asgari bir büyüklük şartı getirilmediğinden, Kanunun lafzına ve ruhuna aykırı olarak, Kanun metninde olmayan bir sınırlama getirdiği görülen Zeytinciliğin Islahı, Yabanilerinin Aşılattırılmasına Dair Yönetmeliğin davaya konu edilen 4. maddesindeki "zeytinlik saha" tanımında hukuka uyarlık bulunmamaktadır". (Çalışmanın devamında ayrıca bir kaynak belirtilmeyen hallerde, kararların 'Lexpera' bilgi bankasından alındığı kabul edilecek ve ayrıca kaynak gösterilmeyecektir.)

11 Bu hususta bkz. "3573 Sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun'a İlişkin Genel Değerlendirme" başlığı.

tabi tutulan alanlardır...¹².

8. Daire, Kanun'da 'zeytinlik saha' tespitinin kriteri olarak belirlenen en az 25 dönümlük büyüklüğü ihtiva eden 'zeytinlik saha' tanımını iptal ederken; zeytin yetiştirmeye elverişli alanların tespiti zorunluluğuna değinmek zorunda kalmıştır. Gerçekten de, 3573 sayılı Kanun kapsamına giren zeytin yetiştirmeye elverişli alanların, 8. Dairenin belirttiği şekilde en az 25 dönüm olacak şekilde belirlenmesi bir şart olarak öngörülmediği kabul edilse dahi, bu alanların tarım idaresince tespit edilmesi Kanun'un açık hükmü gereğidir. Bir diğer ifadeyle, 'zeytinlik saha'nın varlığından bahsedebilmek için, bu sahanın, Zeytinciliğin Islahı, Yabancıların Aşılattırılmasına Dair Yönetmelik dahilinde oluşturulacak bir komisyon tarafından, tespit ve ilan olunması gerekmektedir. Yani, Kanun'un ve Yönetmeliğin öngördüğü usulün işletilmesi sonucunda gerçekleştirilen tespit ve ilan işlemi neticesinde, işleme konu sahanın hukuki statüsü 'zeytinlik saha' olarak nitelendirilebilecektir. Bu durumda saha, 3573 sayılı Kanun'un öngördüğü hukuki rejime tabi olacaktır. Aksi halde, sahanın tabi olduğu hukuki rejim farklılaşacak ve sahip olunan hukuki niteliğe göre değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Bu usul dahilinde tespit ve ilan olunarak 'zeytinlik saha' statüsünü kazanan alan ise, 3573 sayılı Kanun'un 20. maddesinde yer alan sınırlamalara tabi olacaktır. Kanun'un 20. maddesine göre, *"Zeytinlik sahaları içinde ve bu sahalarla en az 3 kilometre mesafede zeytinyağı fabrikası hariç zeytinliklerin vegatatif ve generatif gelişmesine mani olacak kimyevi atık bırakan, toz ve duman çıkaran tesis yapılamaz ve işletilemez. Bu alanlarda yapılacak zeytinyağı fabrikaları ile küçük ölçekli tarımsal sanayi işletmeleri yapımı ve işletilmesi Tarım ve Köyişleri Bakanlığının iznine bağlıdır.*

Zeytincilik sahaları daraltılamaz".

Kanun'un 20. maddesine 1995 yılında yapılan değişiklikle getirilen bu düzenlemede, 'zeytinlik saha' ve 'zeytincilik sahası' ifadelerinin tercihi tesadüf değildir. Zira, Kanun'un değişikliğe uğramadan önceki halinde bu ifadeye yer verilmemiştir. Değişiklik öncesi 20.madde hükmü şu şekildedir: *"Zeytinlik içinde yağhane veya fabrika inşa eylemek, Ziraat Vekâletinden mezuniyet almağa mütevakkıftır. Aksi takdirde inşa olunan yağhane işlettirilemez".*

Görüldüğü üzere kanun koyucu, maddede daha önce 'zeytinlik' ifadesini kullanırken, başta asgari büyüklük şartı olan en az 25 dönümlük parselleme olmak üzere, Kanun'un 2. ve 3. maddelerinde gerçekleştirdiği değişiklikler ve

12 Danıştay İDDGK., T. 29.11.2017, E. 2015/3115, K. 2017/4018.

bu değişikliklerin amacı doğrultusunda¹³, 20.maddede ‘zeytinlik’ ifadesi yerine ‘zeytinlik saha’ ifadesini tercih etmiştir. Yani, kanun koyucu, 1995 yılında yaptığı değişiklikle, ‘zeytinlik’ ve ‘zeytinlik saha’ ayrımını somutlaştırmıştır. Kanun’un 20. maddesine getirilen sınırlamaların, zeytinlikleri değil, zeytinlik sahaları hedef tuttuğunu; bu sınırlamaların konusunun ‘zeytinlik saha’ olarak tespit ve ilan olunan alanlar olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Kanun koyucunun bu yaklaşımının bilinçli bir tercih olduğu açıktır.

Özetle, ‘zeytinlik saha’ ve ‘zeytinlik’ farklı hukuki statüleri ifade etmektedir. Zeytinlik sahanın tespitine dair Kanun’da öngörülen büyüklük (en az 25 dönüm) şartının Danıştay 8. Dairesi tarafından hatalı yorumlanması neticesinde Yönetmelik’le getirilen ‘zeytinlik saha’ tanımı iptal edilmişse de; zeytinlik saha vasfının kazanılması için Kanun ve Yönetmelik’te getirilen usul kuralları mevcudiyetini devam ettirmektedir. Bu usul işletilmeden, yani tespit ve ilan gerçekleştirilmeksizin herhangi bir alanın ‘zeytinlik saha’ olarak nitelendirilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır. Üzerinde zeytin ağacı bulunan ve/fakat bahsedilen usul işletilmeksizin zeytincilik faaliyeti yürütülen alanlar, -şartları varsa- ‘zeytinlik’ olarak nitelendirilebilecektir.

B. Zeytinlik

Zeytinlikler, ‘dikili tarım arazisi’ kapsamında yer almaktadır. 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda tarım arazileri; doğal özellikleri ve ülke tarımındaki önemine göre, nitelikleri Tarım ve Ormanlığı tarafından belirlenen mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ve marjinal tarım arazileri olarak sınıflandırılmaktadır. (Madde 8) Mezkur Kanun’un 3/g maddesine göre dikili tarım arazisi, “(m)utlak ve özel ürün arazileri dışında kalan ve üzerinde yöre ekolojisine uygun çok yıllık ağaç, ağaççık ve çah formundaki bitkilerin tarımı yapılan, ülkesel, bölgesel veya yerel önemi bulunan araziler” olarak tanımlanmıştır.

Tarım ve Orman Bakanlığı’nın arazi sınıflandırmasına ilişkin sahip olduğu yetkiye istinaden yürürlüğe koyduğu Tarım Arazilerinin Korunması Kullanılması ve Planlanmasına Dair Uygulama Talimatı’nın¹⁴ “Tarım Arazilerinin Sınıflamasında Kullanılacak Standartlar” başlıklı EK 1-3.maddesinde dikili tarım arazilerine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre dikili tarım arazileri,

13 Bu hususta bakınız “3573 Sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabancılarının Aşılattırılması Hakkında Kanun’a İlişkin Genel Değerlendirme” başlığı.

14 Bu talimat; 26.04.2018 tarihli 68656427-020-E.1167396 sayılı Müsteşarlık Makamının oluru ile 81 İl Müdürlüğüne tamim edilmiştir. (<https://www.tarimorman.gov.tr/TRGM/Belgeler/Talimatlar%20ve%20Y%C3%B6netmelikler/Tar%C4%B1m%20Arazilerinin%20Korunmas%C4%B1%20Kullan%C4%B1mas%C4%B1%20Ve%20Planlanmas%C4%B1na%20Dair%20Uygulama%20Talimat%C4%B1.pdf>. E.T: 20.12.2023)

“(ö)zel ekolojik şartlarda çok yıllık ağaç, ağaççık ve çalı formunda bitkilerin dikili olduğu tarım arazileridir. Tür ve cinsi dikkate alınarak yöre için ekonomik olacak sayıda ağaç, ağaççık veya çalı formundaki bitkilerin bulunduğu araziler, il müdürlükleri tarafından değerlendirilerek dikili tarım arazisi olup olmadığına karar verilir. Tapu kayıtlarında dikili alan olarak görülen yerler cins değişikliği yapılmadıkça ve dekarında en az aşağıda cinsi ve sayısı yazılı ağaç, fidan veya kök bulunan yerler dikili alan olarak kabul edilir”.

Buna göre, tür ve cinsi dikkate alınarak yöre için ekonomik olacak sayıda zeytin ağacının bulunduğu araziler, tarım il müdürlüğünce ‘dikili tarım arazisi’ yani ‘zeytinlik’ olarak tespit ve tescil edilebilmektedir. Bu kapsamda, tapuda hali hazırda zeytinlik olarak tescilli olan araziler -cins değişikliği yapılmadıkça- zeytinlik olarak nitelendirilecektir. Ayrıca, bir dekar alanda talimatta belirlenen dikili zeytin ağacı bulunan parseller de zeytinlik kabul edilmektedir. Tarım Arazilerinin Korunması Kullanılması ve Planlanmasına Dair Uygulama Talimatı’yla bu sayı 28-55 ağaç, kök, fidan olarak belirlenmiştir¹⁵. (Ek 2-3) Aynı Talimatın “arazi sınıfı” başlık 6/2.maddesinde ise “...3573 sayılı Kanun kapsamında kabul edilmesi gereken ağaç sayısı 10 olarak değerlendirilecektir” denilmek suretiyle zeytinlik tespitinde iki farklı standart oluşturulmuştur. Buna göre, bir arazinin zeytinlik olarak nitelendirilebilmesi için; -kural olarak- dekarda 28-55 zeytin ağacının varlığı aranırken; 3573 sayılı Kanun kapsamında yapılacak bir değerlendirmede dekarda 10 adet zeytin ağacının bulunması yeterli sayılmaktadır¹⁶.

Görüldüğü üzere zeytinliklerin tespiti şart ve usulü, ‘zeytinlik saha’ tespit şart ve usulünden farklılaşmaktadır. Bu kapsamda, bir alanın zeytinlik olarak tescili için dikili zeytin ağaçlarının varlığı gerekmektedir. Zeytinlik saha tespit ve ilanı içinse, zeytin ağaçlarının varlığı bir ön koşul değildir. Zeytin yetiştirmeye elverişli fundalık ve makilik alanlar 3573 sayılı Kanun’un 2. ve 3. madde-

15 Bu sayı, Toprak ve Arazi Sınıflaması Standartları Teknik Talimatı’nın “Tarım Arazilerinin Sınıflamasında Kullanılacak Standartlar” başlıklı EK 1-3.maddesinde 8 olarak belirlenmişti.

16 Tarım ve Orman Bakanlığı, 5403 sayılı Kanun uyarınca (m.7-8) tarım arazilerini tespit ve sınıflandırmaya yetkilidir. Bu kapsamda bir arazinin dikili tarım arazisi (zeytinlik) olup olmadığına karar verme yetkisi de tabiatıyla tarım idaresine aittir. Tarım idaresinin kullandığı bu yetki, teknik nitelik arz etmekte olup; herhangi bir kanunun uygulanma alanına göre farklılık gösteremeyecektir. Bir başka deyişle, bir arazi üzerinde yer alan zeytin ağacı sayısının, araziye dikili tarım arazisi (zeytinlik) niteliği kazandırması hususu, arazi esas alınarak yapılacak teknik ve uzmanlık gerektiren bir tespite ilişkindir. Bu tespitte ilişkin standardın, aynı şekilde teknik ve bilimsel dayanağı bulunması gerekmektedir. Aksi halde, kişilerin aynı niteliği haiz arazileri farklı şekilde sınıflandırılabilir; eşitlik ilkesine aykırı bu tespit de kişilerin -mülkiyet, teşebbüs hürriyeti gibi.- temel hak ve özgürlüklerinin ihlali sonucunu doğurabilecektir. Bu nedenle, Tarım Arazilerinin Korunması Kullanılması ve Planlanmasına Dair Uygulama Talimatı’nın 6/2.maddesinde yer alan, on adet zeytin ağacının zeytinlik tespiti için yeterli olduğu yönündeki kural -sınırlı olarak- 3573 sayılı Kanun’un 14.maddesi kapsamında uygulama alanı bulabiliyor olsa da, düzenlemenin bu halinin hukuka uygun olmadığı ifade edilmelidir.

lerine göre ‘zeytinlik saha’ olarak tespit ve ilan olunduktan sonra başvurulara tahsis edilmekte ve fidan dikimi daha sonra gerçekleşmektedir.

3573 sayılı Kanun’un ‘zeytinlik’ statüsündeki araziler açısından da uygulama alanı bulduğu hükümleri-14.maddesi gibi- var olmakla beraber; zeytinlik saha kapsamında kalmayan zeytinlikler, ‘dikili tarım arazisi’ statüsü taşımaları nedeniyle büyük ölçüde 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ve onun alt mevzuatının öngördüğü hukuki rejime tabi olmaktadır. Nitekim, zeytinliklerin tespit, tescil ve faydalanılmasına ilişkin kurallar da bu mevzuatta düzenlenmektedir.

IV. Zeytincilik ve Madencilik Faaliyetlerinin Bağdaşabilirliği

Maden ruhsat sahasında veya yakınında zeytinciliğe ayrılmış alanların varlığının madencilik faaliyetine engel teşkil edip etmeği, farklı hukuki rejime tabi olduğu açıklanan ‘zeytinlik’ ve ‘zeytinlik saha’ ayrımı üzerinden ele alınmalıdır.

A. Zeytinlikler Yönünden Değerlendirme

Bir üst başlıkta yer verilen ‘zeytinlik saha’ ve ‘zeytinlik’ ayrımından hatırlanacağı üzere, 3573 sayılı Kanun’un 20. maddesinde yer alan sınırlamalar (3 km mesafede endüstriyel faaliyette bulunmama ve zeytin sahasının daraltılmaması), ‘zeytinlik saha’ statüsünü kazanmış alanlar açısından geçerlidir. Zeytinlik saha statüsünün, hangi usule istinaden, ne şekilde kazanılacağına daha önce değinilmiş olması sebebiyle, bu başlık altında yalnızca o kısma atıfta bulunulmakla yetinilecektir.

Maden ruhsat sahası aynı zamanda ‘zeytinlik saha’ olarak tespit ve ilan olunmamışsa, ‘zeytinlik’ ya da ‘zeytinli tarla’ vasıflı, dikili tarım arazisi niteliği taşıyan alanda madencilik faaliyetinin yürütülüp yürütülemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. ‘Zeytinlik saha’ olarak tespit ve tescil edilmemiş ruhsat sahası ve çevresinde, 3573 sayılı Kanun’un 20. maddesi hükmünün uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Bu yorum, 3573 sayılı Kanun’un lafzına ve ruhuna da uygundur. 1995 tarihinde 4086 sayılı Kanun değişiklikleriyle getirilen mesafe şartı (3 km) ile zeytincilik sahalarının daraltılmayacağına ilişkin hüküm, aynı Kanun’la aynı maddede yapılan “zeytinlik” ifadesinin “zeytinlik saha” şeklinde değiştirilmesi ile Kanun’un 2. ve 3. maddelerindeki değişikliklerle birlikte okunmalıdır.

20. maddede bulunan, “*Zeytinlik sahaları içinde ve bu sahalara en az 3 kilometre mesafede zeytinyağı fabrikası hariç zeytinliklerin vegatatif ve generatif gelişmesine mani olacak kimyevi atık bırakan, toz ve duman çıkaran tesis yapılamaz ve işletilemez*” hüküm ile “*zeytincilik sahaları daraltılamaz*” kuralının uygulanacağı alan, en az 25 dönümlük parseller şeklinde tespit ve ilan olunan ‘zeytinlik sahalar’dır.

Aksi bir düşüncede, bir dönüm arazide on adet¹⁷ zeytin ağacının var olduğu bir sahanın 3 km. çapında herhangi bir endüstriyel faaliyet yürütülememesi anlamına gelir ki; bu durum, iktisadi gerçekliklerle bağdaşmadığı gibi kamu yararına da aykırılık taşıyacaktır¹⁸. Bu yorumun ne denli hatalı olduğu, maden sahalarında yürütülen diğer kamu yararı taşıyan faaliyetlere veya korunan alanlarda madencilik faaliyetine ilişkin mevzuata bakıldığında kolaylıkla anlaşılmaktadır.

Örnek olarak Maden Yönetmeliği'ne¹⁹ bakmak yeterli olacaktır. Yönetmelik'te, Devlet ormanları ve muhafaza ormanlarında Tarım ve Orman Bakanlığı'nın izni/muvafakatiyle²⁰; kamu hizmeti veya umumun yararına ayrılmış okul, hastane, kütüphane, gibi yer ve tesislere 60 metre mesafe dahilinde Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü'nün (MAPEG) izniyle²¹; yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında, ÇED raporunda yaban hayatına olumsuz etkisinin giderileceği yönünde bilimsel raporun varlığı halinde²², madencilik faaliyetinin yürütülebileceği düzenlenmiştir.

Yukarıda örnekleme yoluyla verilen mevzuata bakıldığında, Anayasa tarafından özel olarak korunan (m. 168) ve zeytinliklerle kıyaslanamayacak ölçüde ekolojik değer ifade eden orman alanları içerisinde; okul, hastane gibi kişilerin yoğun olarak kamu hizmeti aldığı alanlara sadece 60 metre mesafeye kadar olan sahalarda; yaban hayatı koruma ve geliştirme sahası olarak belirlenen

17 Bu hususta bkz. "Zeytinlik" başlığı.

18 Dünyada en büyük zeytincilik yapılan ilk beş ülkeden (İspanya, İtalya, Yunanistan, Türkiye ve Fas) biri olan ülkemiz dışındakilerde, bu denli geniş bir alanı kapsayacak kategorik kısıtlamalara gidilmediği ifade edilmektedir. (Selahattin Onur, "Madencilik Sektöründeki Sorunların Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyonu Raporu", Komisyon Tutanak Özetleri, Dönem 23, Yasama Yılı: 4, Sayısı: 544, Ek: 4, 2010, s. 420. Aynı yönde bkz. Mehmet Yunus Şahin, "Tasarı Beklentileri Karşılıyıyor", *Madencilik Türkiye Dergisi*, Sayı 8, 2010, s. 8.

19 Resmî Gazete Tarihi: 11.12.2022 Resmî Gazete Sayısı: 32040.

20 Madde 114: "Devlet ormanları içinde maden aranması ve işletilmesi ile madencilik faaliyeti için zorunlu; tesis, yol, enerji, su, haberleşme ve alt yapı tesislerine, fon bedelleri hariç, bedeli alınarak Tarım ve Orman Bakanlığınca izin verilir. Ancak süre uzatımları dahil ruhsat süresince müktesep haklar korunmak kaydı ile Devlet ormanları sınırları içindeki tohum mescereleri, gen koruma alanları, muhafaza ormanları, orman içi dinlenme yerleri, endemik ve korunması gereken nadir ekosistemlerin bulunduğu alanlarda maden aranması ve işletilmesi, Tarım ve Orman Bakanlığının muvafakatine bağlıdır".

21 Madde 118: "Kamu hizmeti veya umumun yararına ayrılmış okul, hastane, kütüphane, kara yolu, demir yolu gibi yer ve tesislere 60 metre mesafe dahilinde madencilik faaliyetleri için Genel Müdürlükten izin alınması zorunludur. Binalara 60 metre, özel mülkiyete konu araziler ile bu arazilere 20 metre mesafe dahilinde faaliyette bulunmak için mülk sahibinin yazılı muvafakatinin alınması zorunludur".

22 Madde 120: "Yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında, ÇED raporunda yaban hayatına olumsuz etkisinin giderileceği yönünde bilimsel rapor bulunan maden arama ve işletme faaliyetleri ile alt yapı tesislerine ilgili kurum tarafından izin verilir".

‘duyarlı sahalarda’da şartların sağlanması halinde madencilik faaliyeti yürütülmesi mümkündür. Bu örneklerde yer verilen sahalarda toplumsal ve ekolojik anlamda, zeytinliklerden daha az önem taşıdığını söylemek herhalde mümkün değildir. Şartların sağlanması halinde (Örn: yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarda ÇED raporu istenilmesi), bu sahalarda madencilik faaliyetine izin verilirken; zeytinliklerin bulunduğu parseller esas alınarak 3 km. çapında bir alanda madencilik faaliyetlerinin kategorik olarak yasaklanmasına yönelik yorum, Kanun’ un lafzı ve ruhuna aykırı, amacını aşar nitelik taşımakta; zeytinliklere ‘kutsiyet’ atfetmek anlamına gelmektedir. Okul, hastane gibi kamu hizmeti yürütülen alanlara çok yakın mesafede yürütülebilen madencilik faaliyetinin; bir dönüm arazide bulunan on adet zeytin ağacının varlığı ve zarar göreceği varsayımıyla²³, bu arazinin 3 km çapında yürütülemeyeceğini söylemek; zeytinliğin insanlardan daha değerli olduğu ya da Kanun’un hatalı uygulandığı şeklinde yorumlanabilecektir.

Öte yandan, ‘zeytinlik’ ve ‘zeytinlik saha’ ayrımı yapılmaksızın, tüm zeytinliklerin 3573 sayılı Kanun’un rejimine tabi olduğunu söylemek; 3573 sayılı Kanun’un amacına aykırı sonuçların doğmasına neden olacaktır. Hatırlanacağı üzere, 3573 sayılı Kanun, zeytinliklerin ıslahı, zeytinciliğin özendirilmesi ve teşvik edilmesi amacıyla yürürlüğe konulmuştur²⁴. Kanun’un zeytinlik sahaları korumaya ilişkin hükümlerinin ‘zeytinlikler’e teşmili, küçük çiftçinin zeytin ağacı dikmekten imtina etmesine yol açabilecektir. Zira, 3573 sayılı Kanun’un 20/2. maddesinde bulunan, “*zeytincilik sahaları daraltılamaz*” hükmü gereğince, malikin başvurusu ve tarım il müdürlüklerinin tespiti neticesinde bir kez ‘zeytinlik’ olarak belirlenen alanların, bu vasfı yitirmeksizin başka bir fonksiyonla kullanılmasına imkan bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, malik olan çiftçinin zeytin ağacı dikmesi ve alanın ‘zeytinlik’ olarak tescilinden sonra; malikin vasfı değişikliğine gitmek istemesi ya da bu sahanın imar planı içerisine girmesi halinde²⁵, “*zeytinlik sahaları daraltılamaz*” hükmünden hareketle “zeytinlik” vasfı değiştirilemeyecektir. Yani, malikin sahip olduğu mülkiyet

23 Kanun’un 20.maddesine 1995 yılında yapılan değişiklikle eklenen 3 km şartının, hangi bilimsel esasa göre belirlendiğine dair Kanun’un gerekçesinde herhangi bir bilgi ya da açıklama yer almamaktadır. Bu nedenle, kimyevi atık bırakan, toz ve duman çıkaran tesislerin zeytinlik sahalara 3 km mesafede inşa edilemeyeceğine ilişkin kuralın, varsayım dayalı bir belirleme olduğu; bu belirlemenin, sahanın konumu, yürütülecek faaliyet ve alınacak önlemler dikkate alınmaksızın Kanun hükmüyle objektif olarak yapılmasının doğru bir yöntem olmadığı ifade edilmelidir.

24 Bu husustaki değerlendirmeler için bkz. “Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun’a İlişkin Genel Değerlendirme” başlığı.

25 3573 sayılı Kanun, Madde 20/2: “...belediye sınırları içinde bulunan zeytinlik sahalalarının imar hudutları kapsamı içine alınması hâlinde altyapı ve sosyal tesisler dahil toplam yapılaşma, zeytinlik alanının % 10’unu geçemez”.

hakkı ve onun beraberinde getirdiği yetkiler, kendi tercihi neticesinde dikmiş olduğu zeytin ağaçları sebebiyle kısıtlanmış olacaktır. Bu durum, kişileri zeytin ağacı ıslah, dikim ve üretim konularında özendirme ve teşvik amacıyla çıkarılan Kanun'un, 'zeytinlikleri koruma' fikrinden hareketle çiftçilerin mülkiyet hakkını sınırlayıcı bir hale dönüşmesine ve zeytincilik faaliyetinden uzaklaşmasına neden olabilecektir.

Mülkiyet hakkının ölçüsüz sınırlanması durumu, yalnızca maden ruhsatına sahip olanlar açısından değil; diğer özel hukuk kişileri açısından, hatta idare açısından da söz konusu olabilecektir. Bir kişiye ait 'zeytinlik' olarak tescil edilmiş bir parselde, 3 km mesafe içerisinde yer alan ve bir başka özel hukuk kişisine ait alanda, -madencilik faaliyeti bir yana- herhangi bir endüstriyel faaliyet yürütülmesi mümkün olamayacaktır. Zeytinliklerin arazide dağınık şekilde plantasyonu ise endüstriyel faaliyetlerin yürütülmesini imkânsız hale getirebilecektir²⁶. Burada artık, zeytinliklerin korunmasından öte, sanayi ve madencilik engel oluşturma görüntüsünün ortaya çıktığı söylenebilecektir²⁷.

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, 3573 sayılı Kanun'un öngördüğü 'zeytinlik' ve 'zeytinlik saha' ayrımı, yalnızca Kanun'un öngördüğü bir zorunluluk olmayıp; mülkiyet hakkının ölçüsüz sınırlanmasının önüne geçilebilmesi ve zeytinciliğin özendirilmesi açısından da bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda, zeytinliklerde madencilik faaliyetinin yürütülmesi mümkünken; zeytinlik saha açısından ayrıca değerlendirme yapılması gerekmektedir.

B. Zeytinlik Saha Yönünden Değerlendirme

'Zeytinlik saha' ve 'zeytinlik' ayrımı, 3573 sayılı Kanun'un 20. maddesinde yer alan sınırlamaların uygulanma alanını göstermektedir. Kanun'un 20. Maddesinde, "(z)eytinlik sahaları içinde ve bu sahalara en az 3 kilometre mesafede zeytinyağı fabrikası hariç zeytinliklerin vegatatif ve generatif gelişmesine mani olacak kimyevi atık bırakan, toz ve duman çıkaran tesis yapılamaz ve işletilemez" hüküm ile "zeytincilik sahaları daraltılamaz" kuralı yer almaktadır.

26 Zeytin ağaçları çevresinde 3573 sayılı Kanunun 20. maddesinin öngördüğü 3 kilometrelik faaliyet kısıtlayıcı koruma alanları dikkate alındığı zaman, zeytinliklerin ülkemiz topraklarının yaklaşık %10'unu kapladığı ifade edilmektedir. Bu hatalı yorumdan hareketle oluşturulan yasaklı sahalar yan yana getirildiğinde Türkiye'de madencilik yapılabilecek alanların büyük oranda daraldığı söylenmektedir. (Necati Yıldız, "Zeytin Yönetmeliği", Yurt Madencilik Geliştirme Vakfı, *Sektörmaden Dergisi*, Sayı 43, 2012, s. 54.) Uygulamada fabrikalarının etrafına sadece sevindikleri için zeytin ağacı diken yatırımcılara, 3573 sayılı Kanun'dan hareketle faaliyetlerini durdurması gerektiğinin tebliğ edilebildiği hususunda bakınız: İsmet Kasapoğlu, "Kamulaştırma, Madenciye İftira", *Madencilik Türkiye Dergisi*, Sayı 8, 2010, s. 6; Aynı yönde bkz. Anıl, s. 430-431.

27 Taşkın Deniz Yıldız, *Türkiye'de Maden İşletme Faaliyetleri İzin Süreçlerinin Madencilik Sektörüne Etkileri*, İksad Yayınevi, Ankara, 2020, s. 198.

dır. Buna göre, zeytinlik sahalarda ve 3 km. mesafede, “zeytinliklerin *vegatatif ve generatif gelişmesine mani olacak kimyevi atık bırakan, toz ve duman çıkaran tesis yapılamaz ve işletilemez*”. Kanun koyucu, mesafe koşulu belirterek genel bir tanımlama yapmış; yürütülemeyecek faaliyetleri sayma yoluna gitmemiştir. Ayrıca bu faaliyetlere ilişkin limit değerler de belirlenmemiştir. Bu nedenle, zeytinlik sahalar ile bu sahalara 3 km. mesafede yürütülebilecek/yürütülemeyecek etkinlikler açısından, her bir tesis ve faaliyet yönünden ayrıca değerlendirme yapılması gerekmektedir. Ancak bu değerlendirmenin önemi ve gerekliliği, yürütülecek faaliyetin 3573 sayılı Kanun’un kapsamına girmesi halinde bulunmaktadır.

3573 sayılı Kanun’a 28.02.1995 tarih ve 4086 sayılı Kanun’la eklenen, Ek Madde 2’ye göre, “*Bu Kanunun 2 ve 3 üncü maddeleri;*

a) Kamu hizmetine tahsis edilmiş veya fiilen bu amaçla kullanılan taşınmaz mallarda, (...) uygulanmaz”.

Şu halde, madencilik faaliyetinin hukuki niteliği ile maden ruhsat sahasının bu kapsama girip girmediği üzerinde durulmalıdır. Madencilik faaliyetinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kabulü halinde, madencilik faaliyetine tahsis edilmiş olan alanlar da (ruhsat sahaları), 3573 sayılı Kanun’un 2. ve 3. maddelerinden hareketle, zeytinlik saha tespit edilemeyecek ve bu kapsamda değerlendirmeye tabi tutulamayacaktır. Yukarıda yer verilen Ek Madde 2/1-a hükmü gereği, zeytinlik saha olarak nitelendirilemeyen bu alanların, zeytinlik sahaların korunması amacıyla getirilen 3573 sayılı Kanun’un 20. maddesi hükmü kapsamında mütalaa edilmesi de hukuken mümkün olmayacaktır.

Anayasamızın “Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi” başlıklı 168. maddesi şu şekildedir: “*(t)abii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir*”.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa hükmünden yola çıkarak madencilik faaliyetinin kamu hizmeti niteliği taşıdığını ifade etmektedir: “*Anayasa’nın 130. maddesi, doğal zenginlikler ve kaynaklarının Devletin “hüküm ve tasarrufu” altında olduğunu açıkladıktan sonra, bunların aranması ve işletilmesi hakkının Devlette olduğu ilkesini koymaktadır. Maddenin son tümcesi ise, bu ilkenin ayrı olarak, arama ve işletmenin, Devletin özel teşebbüsle birleşmesi*

yoluyla ya da doğrudan özel teşebbüs eliyle yapılabilmesini yasanın açık iznine bağlı tutmaktadır.

Bu maddenin, Anayasa'mızın sosyal içeriğini belirleyen önemli hükümlerden biri olduğunda kuşku yoktur. Ancak, söz konusu Anayasa hükmünün bu davada üzerinde özellikle durulması gereken yönü, madenlerin ve bunların arama ve işletilmesinin hukuksal niteliğini belirtmekte olmasıdır.

Gerçekten, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan doğal zenginlikler ve kaynaklarının arama ve işletilmesinin ilke olarak Devletin görevi sayılması, Anayasa Koyucunun bu işleri "kamu hizmeti" niteliğinde gördüğünün açık kanıtıdır..."²⁸.

Doktrinde farklı yönde görüşler var olmakla birlikte, baskın görüşün -kısmen de olsa- madencilik faaliyetinin kamu hizmeti olduğu yönünde olduğu söylenebilecektir²⁹. Madencilik faaliyetinin kamu hizmeti niteliği taşıdığıının

28 AYM, T.21.06.1979, E.1979/1, K.1979/30. (Bundan sonra Anayasa Mahkemesi kararları için ayrıca bir kaynak belirtilmeyen hallerde, kararların Anayasa Mahkemesi'nin resmi internet sitesinde yer alan 'Kararlar Bilgi Bankası'ndan alındığı kabul edilecek ve ayrıca kaynak gösterilmeyecektir.)

29 Onar madencilik faaliyetinin kamu hizmeti niteliğine şu şekilde vurgu yapmaktadır: "...(M)adenler amme emlaki ve bunların işletilmesi de amme hizmeti haline konulmuştur. Ayrıca maden araması da bir amme hizmeti sayılarak 2804 sayılı Kanunla Maden Tetkik ve Arama Enstitüsü- M.T.A. adlı ve sını ve iktisadi bünyede bir amme müessesesi kurulmuştur. Görülüyor ki Cumhuriyet devrinde madenlerin amme emlakine ve maden arama ve işletilmesinin de, hiç olmazsa bir kısım madenler için, amme hizmetine çevrilme temayülü belirlemiştir". (Onar, Cilt 2, s. 1377.) Bilgen de madencilik faaliyetinin kamu hizmeti olduğunu şu şekilde ifade etmektedir: "...bizim düşüncemize göre, Anayasanın 130 uncu maddesi madenlerin aranması ve işletilmesini Devletin görevleri arasında alarak bu faaliyetin bir kamu hizmeti olduğunu açıkça kabul ve beyan etmektedir. Ancak, Anayasanın kabulünden çok önce de, madenlerin aranması -2804 sayılı Kanunla Maden Tetkik ve Arama Enstitüsü kurularak - ve işletilmesi - 2805 sayılı Kanunla Etibank kurularak - birer kamu hizmeti sayılmışlardır. Yani kısacası, madenlerin aranması ve işletilmesi 1935 yılından beri bir kamu hizmetidir". (Pertev Bilgen, "Kamu Hizmeti Hakkında", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)*, Cilt 1, Sayı 1, 1980, s. 115-116.) Azrak ise madencilik faaliyetini yürütenin kamu ya da özel hukuk kişisi olmasına göre faaliyetin hukuki niteliğinde ayrıma gitmiştir: "...Anayasa hükmü nedeniyle, tüm madenlerin aranması ve işletilmesi etkinliğinin, bu etkinliği gösterenin bir özel hukuk süjesi olması halini de kapsamak koşuluyla, teknik ve dar anlamda bir kamu hizmeti olduğunu ileri sürmek, gerçekçi bir yaklaşım değildir. Gerçi Devletin, Maden Tetkik ve Arama Enstitüsü ve Etibank gibi kamu kuruluşları kurarak kimi madenlerin aranması ve işletilmesi hususunda bunlara görev ve yetkiler vermiştir ve bu kuruluşların faaliyetinin kamu hizmeti olduğuna kuşku yoktur. (...) Devletin el atmadığı alanlarda da özel kişilerce maden arama ve işletmenin bir kamu hizmeti olduğunun ileri sürülebileceğini zannetmiyoruz". (A.Ülkü Azrak, "Türkiye'de Madenlerin Hukuki Rejimi Üzerine Düşünceler", *İHİD*, Cilt 1, Sayı 2, 1980, s. 4.) Göger, maden arama ve işletme faaliyetinin kural olarak kamu hizmeti niteliğinde olmadığını ifade etmekte; sonrasında, temel mal ve hizmet arasında giren - girmeyen madenler şeklinde bir ayırım yapmakta ve ilk kategoride yer alanları konu edinen madencilik faaliyetini kamu hizmeti sayarken, ikinci kategoride yer alanları bu şekilde nitelendirmemektedir: Temel mal ve hizmetlerin hangileri olduğu kesin olarak yasalarda gösterilmemiştir. Ülkemizde elektrik enerjisi, demiryolu ve deniz yolu ile yük taşıma, göztaşı, kömür, çimento, linyit, taşkömürü, demir ve gübre temel mal ve hizmet olarak sayılmıştır. Bu gerçek karşısında temel mal ve hizmetler arasında yer alan madenlerin işletilmesi kamu hizmeti sayılmamıştır. Kural olarak maden hakkı ve dolayısıyla arama ve işletme ameliyesi kamu hizmeti niteliğinde değildir. Ancak,

kabulü halinde, kamu hizmeti niteliği taşıyan madencilik faaliyetine tahsis edilmiş olan ruhsat sahaları da 3573 sayılı Kanun'un 2. ve 3. maddelerinden hareketle, zeytinlik saha olarak değerlendirmeye tabi tutulamayacak; zeytinlik saha olarak nitelendirilemeyen bu alanların, zeytinlik sahaların korunması amacıyla getirilen 3573 sayılı Kanun'un 20. maddesi hükmü kapsamında değerlendirilmesi de hukuken mümkün olmayacaktır. Yürütülen madencilik faaliyetinin kamu hizmeti olarak nitelendirilmemesi halinde ise, zeytinlik sahalar ile 3 km. yakınındaki alanlarda yürütülecek madencilik faaliyetinin Kanun'un 20. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

V. Zeytinliklerde Madencilik Faaliyeti Yürütülmesinin Usul ve Şartları

'Zeytinlik' ve 'zeytinlik saha' ayrımı, zeytinliklerin kontrolsüzce amacı dışında kullanılabilmesi sonucunu beraberinde getirmemektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, 'zeytinlik saha' olarak tespit ve ilan edilmeyen zeytinlikler, 'diki- li tarım arazisi' niteliğinde olup; 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun hukuki rejimine tabi olacaktır.

5403 sayılı Kanun, tarım arazilerinde şartların sağlanması halinde, madencilik faaliyeti icra edilmesini mümkün kılmıştır. Kanun'un "Tarım arazilerinin amaç dışı kullanımı" başlıklı 13.maddesine göre, "(m)utlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ile sulu tarım arazileri tarımsal üretim amacı dışında kullanılamaz. Ancak, alternatif alan bulunmaması ve Kurulun uygun görmesi şartıyla; (...)

ç) İlgili bakanlık tarafından kamu yararı kararı alınmış madencilik faaliyetleri,

(...) İçin bu arazilerin amaç dışı kullanım taleplerine, toprak koruma projelerine uyulması kaydı ile Bakanlık tarafından izin verilebilir. Bakanlık bu yetkisini valiliklere devredebilir.

(...)Birinci fıkranın (c) ve (ç) bentleri kapsamında izin alan işletmeciler, faaliyetlerini çevre ve tarım arazilerine zarar vermeyecek şekilde yürütmekle ve kendilerine tahsis edilen yerleri tahsis süresi bitiminde eski vasfına getirmekle yükümlüdürler."

temel mal ve hizmetler arasına giren madenlerin işletilmesi açısından kurala istisna' getirilmelidir. Bakır, çinko, bor tuzlan, boksit gibi madenler temel mal niteliğinde görülmediklerinden işletilmeleri kamu hizmeti olarak sayılmamalıdır". (Erdoğan Göğer, *Maden Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, s. 92.) Gülan ise madencilik faaliyetinin kamu hizmeti niteliği taşımadığını ifade etmektedir: "...(İ)ster özel hukuk kişisi tarafından idareden alınan ruhsata dayalı olarak yapılsın, isterse bizzat kendi araç, gereç ve personeli ile idare tarafından madencilik yapılıyor olsun, bu faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenmesi kanımca isabetli değildir. Ekonomik ve ticari bir faaliyet yerine getirilmektedir. Bir üretim yapılmaktadır". (Gülan, s. 166.)

Yine, Maden Yönetmeliği'nin 116. maddesinde de tarım arazilerinde madencilik faaliyetlerinin yürütülmesine imkân tanıyan düzenleme yer almaktadır. 21.09.2017 Tarih ve 30187 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Maden Yönetmeliği'nin 115. maddesinde, zeytinlik sahalara ilişkin yapılan değişikliğin yürütmesi Danıştay 8. Dairesi'nce durdurulmuşsa da³⁰; Maden Yönetmeliği 2022 yılında³¹ tümüyle yeniden düzenlenmiş ve 21.09.2017 tarihli

30 "...Davalı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından çıkarılan Yönetmelik değişikliği ile zetle; ülkenin elektrik ihtiyacını karşılamak üzere yürütülen madencilik faaliyetlerinin tapuda zeytinlik olarak kayıtlı olan alanlara denk gelmesi halinde faaliyetlerin başka alanlarda yürütülmesinin mümkün olmadığı durumda madencilik faaliyeti bitiminde sahanın rehabilite edileceğine ve eski hale getirileceğine ilişkin taahhütte bulunulması halinde zeytin sahasının madencilik faaliyeti yürütülecek kısmının taşınmasına, sahada madencilik faaliyetleri yürütülmesine ve bu faaliyetlere ilişkin geçici tesisler inşa edilmesine kamu yararı dikkate alınarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca izin verileceği düzenlenmiştir.

3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesinin 7. fıkrasında, madencilik faaliyeti yapılan alanların, izne tabi alan olmaları halinde, ilgili olduğu kanun hükümlerine göre gerekli izinlerin alınmasının zorunlu olduğu kurala bağlanmış, 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanunun 20.maddesinde ise; zeytinlik sahalarının daraltılması, zeytinlik sahaları içinde ve bu sahalara en az 3 kilometre mesafede zeytinyağı fabrikası hariç zeytinliklerin vegetatif ve generatif gelişmesine mani olacak kimyevi atık bırakan toz ve duman çıkaran tesis yapılması ve işletilmesi yasaklanmıştır.

Bu durumda, zeytinlik sahalarda yürütülecek madencilik faaliyetleri bakımından 3213 sayılı Kanunun 7 maddesinde, ilgili kanun hükümleri" şeklinde yapılan atfın 3573 sayılı Kanun hükümlerine yönelik olduğu ve ayrı bir yasal düzenleme yapılmadığı surece zeytinlik sahalarda madencilik faaliyetlerinin ancak anılan Kanun hükümlerine çerçevesinde yürütülebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. 3573 sayılı Kanun ise zeytinlik sahalalarla ilgili olarak sadece Tarım ve Orman Bakanlığının izni ile zeytinyağı fabrikası ve küçük ölçekli tarımsal yanayi işletmelerinin yapımı ve işlenmesine ceviz vermiş, zeytinlik sahaların daraltılmayacağı kuralının istisnası olarak belediye sınırları içinde bulunan zeytinlik sahaların imar hudutları içine alınması halinde altyapı ve sosyal tesisler dahil toplam zeytinlik alanın en fazla yüzde onu kadar kısmının yapılaşmaya açılması imkanı getirilmiş, bu sahalardaki zeytin ağaçlarının sökülmesi Tarım ve Orman Bakanlığının fenni gereğe dayalı iznine tabi kılınmıştır.

Dava konusu Yönetmelik değişikliği ile gerek Maden Kanununda yer alan ilgili kanun hükümlerine göre alınacak izinleri zorunlu tutan hüküm gerekse Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun ile getirilen yasaklama ve sınırlandırmalar göz ardı edilerek, zeytinlik alanlardaki zeytinlerin sökülüp taşınması başka yere taşınmanın mümkün olmaması halinde ise doğrudan madencilik faaliyetine başlanılarak faaliyetin sonunda sahanın rehabilite edip eski haline getirilmesi yönünde madencinin vereceği taahhütname ve davalı bakanlığın izni, bu alanlarda madencilik faaliyet yürütülmesi için yeterli görülmüştür.

Davalı idarece yeni ekonomik ve sosyal gelişmeler ile birlikte ülkenin artan enerji ihtiyacının öncelikle yerli kaynaklardan karşılanması ve bu yöndeki faaliyetinin zeytinlik alanlarda kayıp yaşanmadan, dengeli bir biçimde sürdürülmesi amacıyla dava konusu yönetmeliğin yayımlandığı ileri sürülmekte ise de. 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun uyarınca korunma altında bulunan zeytinlik sahalardaki faaliyetlerin Kanun ile düzenlenmesi gerektiği ve esasen davalı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın bu alanı kendi başına yönetmelik ile düzenleme yetkisi olmadığından davalı idarenin bu iddiası yerinde görülmemiştir.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde Maden Kanunu'nda madencilik faaliyetleri için, ilgili kanun hükümlerine yapılan atfı ve 3573 sayılı Kanun ile getiren sınırlamalar ve yasaklamaların Yönetmelikle ile ortadan kaldırılması mümkün olmadığından. 3213 sayılı Kanunda ya da 3573 sayılı Kanunda değişiklik yapılmaksızın dava konusu Yönetmelik değişikliği ile zeytinlik alanlarda madencilik faaliyetine davalı idarenin izni ve madencinin taahhütname ile olanak sağlayan düzenleme hukuka uyarlık görülmüştür...". Danıştay 8. D., T. 13.09.2022 YD., E.2022/3215.

31 Resmî Gazete Tarihi: 11.12.2022 Resmî Gazete Sayısı: 32040.

Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Maden Yönetmeliği'nin "Tarım arazilerinde madencilik faaliyetleri" başlıklı 116.maddesine göre, "(t)arım arazilerinde madencilik faaliyetleri yapılabilmesi için 5403 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi gereğince Bakanlıkça kamu yararı kararı alınması gereklidir. Ruhsat sahibi, kamu yararı kararı alınması için Genel Müdürlüğe istenilen belgeler ile birlikte müracaatta bulunur".

Görüldüğü üzere, dikili tarım arazisi niteliğindeki zeytinlikler, 3573 sayılı Kanun'un hukuki rejimi dışına çıktığında 'korumasız' kalmamaktadır. Maden ruhsat sahibinin ilgili idareye³² yapacağı tarım dışı amaçla kullanma başvurusu sonrasında aşağıda yer verilecek usul ve şartları yerine getirmesi halinde, dikili tarım arazisi olan zeytinliklerde de madencilik faaliyeti yürütülebilecektir.

- Alternatif Alan Bulunmaması

5403 sayılı Kanunun 13'üncü maddesi gereğince, kural olarak dikili tarım arazilerinden olan zeytinlikler tarımsal üretim amacı dışında kullanılamaz. Tarım arazilerinin bu amaç dışında kullanılabilmesi için ilk şart alternatif alanın bulunmamasıdır. Tarım Arazilerinin Korunması Kullanılması ve Planlanmasına Dair Uygulama Talimatı'nın 10.maddesinde alternatif alan değerlendirmesinin ne şekilde yapılacağı düzenlenmişse de madencilik faaliyeti yönünden bu değerlendirmenin yapılmasına imkân sağlayacak bir hükmün bulunmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu düzenlemenin yokluğu, madencilik faaliyetinin ve madenlerin niteliğinden kaynaklıdır. Zira, diğer faaliyetlerden farklı olarak madencilik faaliyetinin yalnızca madenin bulunduğu yerde yürütülmesi gerekmektedir. Madenler, ancak bulunduğu yerden çıkarılabilen, niteliği gereği sınırlı (ender) ve gerekli maddelerdir. Bu çıkarma, ister galeri açmak şeklinde isterse başka bir yöntemle gerçekleşsin, sonuçta madenin bulunduğu yerden toprak üzerine çıkarılması bir zorunluluktur. Aynı cins maden de olsa, farklı bir yerde bulunan maden artık ayrı bir kaynaktır ve üretilecek ise ancak bulunduğu yerde üretilmesi mümkündür³³. Madenlerin sahip olduğu bu nitelik, madenin çıkarılması ile madenin bulunduğu yerde yapılmakta olan başka faaliyetin bağdaşmaması halinde alternatif alan araştırmasını anlamsız hale getirmektedir. Bu durum, tarım faaliyeti açısından da geçerlidir. Made-

32 Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmelik, Madde 13: "(2) Gerçek veya tüzel kişiler tarafından, tarım arazilerinin amaç dışı kullanım talepleri için, söz konusu arazinin mücavir alan sınırları içerisinde olması durumunda belediyelere, mücavir alan sınırları dışında olması durumunda ise il özel idarelerine veya diğer plan yapma yetkisine sahip kuruluşlara başvurulur. Bu başvurular ilgili kuruluşlar tarafından il müdürlüğüne intikal ettirilir.

(3) İl Özel İdaresi ile Büyükşehir Belediyesi yetkisindekiler hariç, petrol ve doğal gaz arama ve işletme faaliyetleri, madencilik faaliyetleri, yenilenebilir enerji yatırımları, elektrik iletim hatları ile ilgili yatırımları yapacak gerçek veya tüzel kişiler, valiliklere başvurur".

33 Gülan, s. 230-233.

nin bulunduğu yerden çıkarılması zorunluluğu, tarım arazisinde gerçekleştirilecek madencilik faaliyeti açısından ‘alternatif alan bulunmaması’ şartının gerçekleşmesi sonucunu da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, -kural olarak- dikili tarım arazisi niteliğindeki zeytinliklerde madencilik faaliyetinin yürütülmek istenmesi halinde de ‘alternatif alan bulunmaması’ şartının var olduğunun kabulü gerekecektir.

Ne var ki her maden türü açısından bu genel çıkarımın geçerli olmayacağını da söylemek gerekmektedir. Örneğin, kum-çakıl gibi nadirlik özelliği oldukça az olan madenler açısından ‘alternatif alan’ değerlendirmesi mutlaka yapılmalıdır. Bu değerlendirme, ruhsat sahasının mücavir alanıyla sınırlı olarak değil; sahanın bulunduğu ilçe, il ya da bölge bazlı gerçekleştirilebilecektir.³⁴ Öte yandan, madencilik faaliyetleri için zorunlu olan tesis ve alt yapı tesislerinden bir kısmının zeytinlik dışında yapılması mümkünse zaruret halinin bulunmadığı³⁵ ve alternatif alan değerlendirmesi yapılması gerektiği söylenmelidir. Alternatif alan bulunmadığı durumlarda ise, madencilik faaliyetinin yürütüldüğü sahadada, zeytincilik faaliyetinin de kısmen ya da tamamen yürütülebilmesine yönelik projelere ağırlık verilmelidir³⁶.

34 “Dosyanın incelenmesinde ise, yer sepmi ile ilgili olarak düzenlenen 24/12/2008 günlü, 44 sayılı etüt raporunda alternatif alan araştırmasının yalnızca tesisin kurulacağı yer ve çevresine yönelik olduğu, bu süreçte tesisin kurulacağı arazi ve çevresi dışında alternatif alan bulunup bulunmadığına yönelik olarak bir inceleme ve araştırma yapılmadan söz konusu alanın tarım dışı kullanımına izin verildiği anlaşıldığından, tesis edilen işlemde ve bu işlemin iptali istemiyile açılan davayı reddeden İdare Mahkemesinin ısrar kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.”, Danıştay İDDK., T. 28.01.2013, E. 2012/1858, K. 2013/194 sayılı kararı.

35 Danıştay, ormanlar yönünden bu değerlendirme yapılmaksızın verilen ilk derece mahkemesi kararını şu gerekçeyle bozmuştur: “...Anayasa Mahkemesi’nin T. 22.11.2007, E. 2004/67, K. 2007/83 Sayılı kararında; zaruret halinin, talep edilen faaliyetin orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesi imkanı bulunmaması durumu olarak anlaşılması gerektiği vurgulanmaktadır.

İdare Mahkemesince karara dayanak alınan bilirkişi raporunda ise; dava konusu maden tesis ve alt yapı tesislerinin orman sayılan alanda yapılması zorunluluğunun bulunup bulunmadığı yönünde herhangi bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir...” Danıştay İDDK’nın T. 22.04.2019, E. 2018/800, K. 2019/1934 Sayılı kararı. “...(Y)apılacak tesis veya altyapı tesislerinin orman dışında yapılmasının mümkün olup olmadığına dair zaruret halinin oluşmasına ilişkin somut tespitlerin bulunup bulunmadığı konularında kesin bir sonuca varılarak karar verilmesi gerektiği açık olup, ...”. Danıştay 8. D., T. 22.11.2017, E. 2016/4904, K. 2017/8276. Aynı yönde bkz. Danıştay 8. D., T. 07.03.2019, E. 2017/4562, K. 2019/1641 Sayılı karar

36 “Madenciliğin tarımsal faaliyetlerini olumsuz yönde etkilediği, madencilik ve tarımın birlikte yürütülemeyeceği fikri, eski dönemlerdeki sorumsuz madencilik çalışmalarının da etkisiyle ülkemizde yıllardır büyük bir yayılım alanı bulmuş ve ön yargıların oluşmasına sebep olmuştur. Oysaki, özellikle yer altı madencilik faaliyetlerinin yürütüldüğü alanların etrafında yer alan tarım alanları ve ormanlar, gerek toprağı ve tozu tutması, gerekse gürültü ve sesin yayılımını azaltması gibi birçok nedenle büyük önem taşırlar. Efemçukuru Madeni, ülkemizde tarım ve madenciliğin bir arada yapıldığı en güzel örneklerden biridir. 650 dönümlük tarım arazisi, madenin güney galeri girişinden yaklaşık 20 metre ileride başlamaktadır. Bu projede 400 dönüm sofralık üzüm bağı, 80 dönüm şaraplık üzüm bağı ve 170 dönümlük zeytinlik ekimi yapılmış ve 2011 yılında bağların ilk meyvelerini toplanmıştır. Artan verim ve kalite ile birlikte özellikle

- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Tarafından Kamu Yararı Kararı Alınması (Üstün Kamu Yararı Kararı)

Tarım arazilerinde madencilik faaliyetinin yürütülebilmesi için, 5403 sayılı Kanunun 13/1-ç maddesi gereğince ilgili bakanlık olan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nca (ETKB) kamu yararı kararı alınması gerekmektedir³⁷. Anayasa Mahkemesi'ne göre kamu yararıyla anlatılmak istenen, 'bireysel çıkar'dan farklı, onun üstünde ya da dışında ortak bir yararı amaçlamasıdır³⁸. 5403 sayılı Kanunun 13/1-ç maddesi kapsamında verilecek kamu yararı kararı ise, tarım idaresi tarafından verilecek tarım dışı kullanım izni için bir şart konumunda olup³⁹; idari yargıda dava konusu edilebilir nitelikte bir idari işlemdir. Kamu yararı kararının ETKB tarafından alınmaması, kararı sakatlayacak; -şayet izin verilmişse- bu karara dayanılarak tesis edilen tarım dışı kullanım iznini de hukuka aykırı hale getirecektir⁴⁰.

şaraphk bağlarda artışa gidilerek 50 dönümlük yeni bağın kurulması da gündemdedir. Ziraat mühendislerinin kontrolünde yapılan tarımcılık faaliyetleri için ise yaklaşık 20 kişilik bir istihdam söz konusudur". O. Çağım Tuğ, "Madencilik ve Tarım Bir Arada: Efemçukuru Altın Madeni", *Madencilik Türkiye Dergisi*, Sayı 32, 2012, s. 70.

- 37 Büyük ovalarda gerçekleştirilecek -madencilik faaliyeti gibi-tarım dışı kullanım içinse Tarım Bakanlığınca da ayrıca kamu yararı kararı alınması gerektiği düzenlenmiştir. Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmelik, madde 19: "(6) Amaç dışı kullanım talebinin ilgili olduğu bakanlık, yapılacak olan faaliyetle ilgili kamu yararı kararını Bakanlığa gönderir ve Bakanlık aynı doğrultuda kamu yararı kararı alırsa ortaklaşa kamu yararı kararı alınmış sayılır. (7) Talebin ilgili olduğu bakanlıkça yapılacak faaliyet ile ilgili 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na dayalı Bakanlıklar tarafından varsa alınmış kamu yararı kararı Bakanlığa gönderilir. Bakanlığın aynı doğrultuda kamu yararı kararı vermesi veya Bakanlar Kurulu tarafından kamu yararı kararı veya acele kamulaştırma kararı alınması halinde ortaklaşa kamu yararı kararı alınmış sayılır".
- 38 AYM., T. 21.10.1992, E. 92/13, K. 92/50. Kamu yararı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. N. Münci Çakmak, *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013; Cemil Kaya, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011; Tekin Akilloğlu, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", *İHİD*, Cilt 9, Sayı. 1-3, 2011, s. 11-22; Halit Uyanık, *Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- 39 Kamu yararı kararı belgesi, ETKB tarafından verilecek tarım dışı kullanım izni için bir şart olmakla beraber; talebin toprak koruma kurulu gündemine alınmasında ön şart olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle talep olması halinde müracaatlar (tarımsal kullanım bütünlüğünün bozulmaması ve arazi toplulaştırma projesi açısından sakınca bulunmaması şartıyla), kamu yararı belgesi olmadan da toprak koruma kurulu gündemine alınacaktır. Talep dosyasında, daha önceden alınmış kamu yararı kararı bulunmaması halinde, kurul kararından sonra, kamu yararı kararı alınması gerektiği talep sahibine valilik tarafından bildirilir. (Tarım Arazilerinin Korunması Kullanılması ve Planlanmasına Dair Uygulama Talimatı, Madde 7/4).
- 40 "...5403 sayılı Kanununun 13. maddesinin 1/d bendi uyarınca Bakanlıklarca kamu yararı kararı alınmış plân ve yatırımlar bulunması halinde tarım dışı amaçla kullanım izni verilebileceği, Yasada bu yetkinin Valiliklere devredilebileceği yolunda herhangi bir hüküm bulunmadığı, olayda ise Bakanlık tarafından verilen herhangi bir kamu yararı kararı bulunmadığı, kamu yararı kararının Isparta Valiliği Oluru ile verildiği görülmektedir. (...) Bu durumda; dava konusu işleme dayanak teşkil eden 5403 sayılı Kanununun 13-1/d bendi uyarınca kamu yararı kararının

Ruhsat sahibi, kamu yararı kararı almak için Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü'ne (MAPEG) başvuracaktır. Kamu yararı başvurusunun ne şekilde değerlendirileceği Maden Yönetmeliği'nin 116. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “Genel Müdürlük yapılan müracaatı öncelikle belge üzerinde incelemeler, eksik veya yanlış belge varsa müracaat sahibine bildirir. Belgeler tamamlanuncaya kadar talep değerlendirmeye alınmaz. Belgelerin tam olması halinde, Genel Müdürlükçe oluşturulan bir heyet tarafından arazi üzerinde gerekli incelemeler yapılarak, talep edilen araziye ilişkin Genel Müdürlükçe kamu yararı kararı alınıp alınmamasına ilişkin olarak bir rapor tanzim edilir. Genel Müdürlük, belge yönünden yaptığı inceleme sonucunda değerlendirmeye aldığı kamu yararı kararı alınması taleplerini değerlendirmeye aldığı tarihten itibaren en geç iki ay içinde sonuçlandırır”.

Başvuru sonrasında MAPEG'in düzenlediği raporun ETKB tarafından hangi unsurlar yönünden 'kamu yararı' değerlendirmesine tabi tutulacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bakanlık makamınca, MAPEG'in raporunun yanı sıra, başvuru sırasında istenilen ruhsat alanındaki faaliyetlerin ekonomiye katkısı ile tarımsal faaliyetin karşılaştırmalı bilgilerini içeren teknik raporun⁴¹ birlikte ele alınması suretiyle 'üstün kamu yararı' değerlendirmesi yapılacağı söylenebilecektir⁴². Danıştay'ın ifadesiyle “(ü)stün kamu yararı, iki kamu yararının birbiriyle yarıştığı ya da çatıştığı durumlarda daha geniş kamunun yararı ya da uzun vadeli kamu yararı anlamına gelen, henüz belirli bir tanıma sahip olmayan bir kavramdır”⁴³. Gerçekten de hem tarımsal faaliyet hem de madencilik faaliyeti münferit olarak kamu yararı taşıyan faaliyetlerdir⁴⁴. “(m)adencilik sektörü istihdamı yoğun bir sektör olması, hizmet

yetkisiz makam tarafından verildiği dikkate alındığında, bu karara istinaden tarım alanlarının tarım dışı kullanımına izin verilmesi yönünde tesis edilen dava konusu işlemden hukuka uygunluk, aksi yöndeki idare mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmadığı sonucuna varılmıştır”. (Konya BİM, 2. İDD., T. 22.5.2019, E. 2018/2140 K. 2019/1095).

41 Sıdıka Seda Çağatay, “Metal Madencilik Faaliyetleri Arazi Edinim Süreci: Erzincan İli İliç İlçesi, Çöpler Altın Madeni Örneği”, Dönem Projesi, Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Gayrimenkul Geliştirme ve Yönetimi Anabilim Dalı, Ankara, 2018, s. 65.

42 Üstün kamu yararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Hamza Şahin, *Danıştay Kararları Işığında Üstün Kamu Yararı Kavramı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022; Kaya, s. 51 ve devamı.

43 Danıştay 6. D., T. 26.11.2014, E. 2011/4773, K. 2014/7690. (Kazancı).

44 Onar, madencilik faaliyetinin taşıdığı kamu yararını ormanlarla mukayese ederek şu şekilde ortaya koymaktadır: “...(M)adenler mahdut ve tükenmiye maruz servetlerdir. Bu bakımdan bunlar ormanlardan da daha büyük bir hususiyet arzeder: ormanların uzun bir fasıla ile de olsa yeniden yetişmesine imkan olduğu halde madenlerden çıkarılan cevherin yerine yenisi kaim olmaz. Milli servet bakımından büyük ehemmiyet arzeden bu maden sahaları bir müddet sonra boş çukurlar haline gelir. Diğer taraftan dünya bakımından mahdut olan bu servetlerin memleketin sanayi ile, ısınması ile, nakliyatı ile ve hatta milli müdafaası ile çok sıkı ve yakın bir alakası vardır”. (Onar, Cilt 2, s. 1372.) “2022 yılında madencilik sektöründe ihracat 4,6 milyar dolara, ithalat ise 75,3 milyar dolara yükselmiş, sektörün ithalatının toplam ithalat içindeki payı yüzde 21'e ulaş-

ana ve yan sanayi sektörlerini teşvik etmesi, bölgesel ve yerel kalkınmayı ön plana çıkararak hem işsizliği önlemesi hem de göçü azaltması ve yer altından çıkarıldığı anda yüzde yüz katma değer yaratması gibi özellikleri nedeniyle ülke kalkınmasında büyük rol oynamaktadır⁴⁵. Ancak, madencilik faaliyetin ihtiva ettiği bu önem, tarımsal faaliyetlerden her durumda daha üstün kamu yararı taşıdığı anlamına gelmemektedir. ETKB tarafından bu aşamada verilen kamu yararı kararı, ruhsat sahasında yürütülecek madencilik faaliyetinin, çakışan ve kamu yararı taşıyan diğer faaliyetten (tarım) daha üstün bir yarar taşıdığına ilişkin idari bir karardır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de, bir tarım arazisinin ‘tarım dışına çıkarılarak’ başka amaçla kullanılabilmesi için, bu yeni amaçla kullanımının tarımsal faaliyete nazaran daha büyük yarar sağlaması, yani ‘üstün kamu yararı’ taşıması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: “Anayasa koyucu, tarım arazilerinin sınırlılığını gözeterek bunların korunmasına ve amacı dışında kullanımının engellenmesine yönelik tedbirler alınmasını bir ödev olarak devlete yüklemiş ise de bunun mutlak bir yasaklamayı ifade ettiği ve tarım arazilerinin amaç dışı kullanımına hiçbir koşulda izin verilemeyeceği söylenemez. Sosyal veya ekonomik bazı ihtiyaçlar, tarım topraklarının başka amaçlarla kullanımını zorunlu hâle getirebilmektedir. Bu gibi durumlarda, bir bölgenin tarım arazisi olarak kullanımına devam edilmesi, birtakım ekonomik ve sosyal ihtiyaçların karşılanamamasına ve neticede daha büyük kamusal yararların zedelenmesine yol açabilmektedir. Bu nedenle bir alanın tarım arazisi niteliğinin ortadan kaldırılmasının söz konusu alanın tarım arazisi olarak kullanımına devam edilmesinden daha fazla kamusal yarar doğurduğu hâllerde, ilgili bölgenin tarımsal üretim amacı dışında kullanılmasına imkân sağlanmasına anayasal bir engel bulunmamaktadır.

Ancak tarım arazisinin amaç dışı kullanımına izin verilebilmesi için çatışan iki kamusal yarar arasında makul bir denge kurulmalı ve tarım arazisinin amaç dışı kullanımının sosyal veya ekonomik açıdan daha fazla kamusal yarar sağlayacağına ortaya konulması gerekmektedir. Bu bağlamda önemli bir ekonomik veya sosyal ihtiyaca cevap vermeyen, kamu yararı bakımından zorunluluk taşımayan yatırım ve faaliyetlerin gerçekleştirilmesi ama-

mıştır. Plan döneminde petrol, doğal gaz, taşkömürü başta olmak üzere enerji hammadde ithalatı sektörü ithalatının yüzde 80’den fazlasını oluşturmaya devam etmiştir”. On İkinci Kalkınma Planı (2024-2028), s. 38. Planda, hammadde arz güvenliğinin sağlanması ve dışa bağımlılığın azaltılması temel amaç olarak belirlenmiştir. (s. 133).

https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/12/On-Ikinci-Kalkinma-Planı_2024-2028_11122023.pdf. E.T.: 02.01.2024.

45 AYM T. 04.03.2021, E. 2019/47, K. 2021/16.

*cıyla tarım arazilerinin amaç dışı kullanımına izin verilmesi Anayasa'nın 44. ve 45. maddeleriyle devlete yüklenen ödevle bağdaşmaz*⁴⁶.

Anayasa Mahkemesi'nin de işaret ettiği üstün kamu yararı arayışı, tarımsal amaç dışı kullanma izni için bir şart konumunda olan, ETKB'ce verilen 'kamu yararı kararı'nda vücut bulmaktadır. Bu değerlendirme her başvuru özelinde ayrı ayrı yapılmalıdır. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya ilişkin vermiş olduğu bir kararda, maden ruhsat sahasında dikili tarım arazilerinin (zeytinliklerin) bulunduğu hallerde, kamu yararı taşıyan iki faaliyet (madencilik faaliyeti – tarımsal faaliyet) ve yarışan haklar (maden hakları – çevrenin korunması) arasında bir değerlendirme yapılarak; dengenin bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Yüksek Mahkeme, kalker ocağı ile kırma tesisi için verilen maden işletme ruhsatı ve izninin iptali istemiyle açılan davada, 'üstün kamu yararı' araştırması yapılarak davanın kabul edilmesi üzerine önüne gelen uyuşmazlıkta hak ihlali kararı vermemiştir: *"Mahkeme kararında açıkça maden ocağının işletilmesi hâlinde maden ocağı yakınında yer alan köy halkının meydana gelecek patlatmalardan ve tozdan olumsuz etkileneceği ve bu çevredeki başta zeytincilik olmak üzere tarımsal faaliyetler ile bitki örtüsünde meydana gelecek olumsuzlukların ocağın işletilmesinden beklenen ekonomik yararın üstünde olacağı belirtilerek ve yarışan haklar arasındaki denge gözetilerek karar verildiği görülmektedir"*⁴⁷.

Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımının isabetli olduğu ifade edilmelidir. Yüksek Mahkeme, 3573 sayılı Kanun'un 20. maddesi'nde yer alan mesafe koşulundan hareketle bir değerlendirme yapmamış; üstün kamu yararı arayışına yönelmiştir. Mahkeme, tarafların çatışan hakları arasında tercih yapılırken, Anayasa'ya uygun yorumla temel hakların korunması ve yarışan haklar arasında hakkaniyete uygun bir dengelemenin yapılması gerektiğine vurgu yapmıştır. 'Üstün kamu yararı değerlendirmesi' olarak ifade edilebilecek bu analiz, gerek kamu yararı kararının alınması aşamasında idare tarafından gerekse de yargı mercii tarafından yapılsın her bir maden sahası özelinde ayrıca gerçek-

46 AYM, T. 05.03.2015, E.2014/147, K.2015/25.

47 AYM, Ak Demirtaş Madencilik Nakliyat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., B. No: 2014/1989, T.15.06.2016. Anayasa Mahkemesi, zeytinliklerin çevresinde enerji santrali yapımı için çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) olumlu kararı verilmesine ilişkin uyuşmazlığa dair bir başka kararında ise, aynı sahada verilen farklı ÇED olumlu kararlarının idari yargıda gerçekleştirilen yargısal denetiminde, ilk davada mesafe koşulunun aranması, sonrasında ise aranmaması arasındaki çelişkiyi giderecek gerekçe aramıştır. Ancak Yüksek Mahkeme'nin yine doğrudan mesafe koşulunun uygulanması gerektiği yönünde bir değerlendirmesi yine bulunmamaktadır: *"...(İ)lk derece mahkemesinin 26/10/2018 tarihli kararında tesisin mevcut atık depolama alanının merkezine üç kilometreden daha az mesafede zeytinlik alanlar olduğu (tesisin güneydoğusunda 2.240 dekar) tespit edilmişken 14/11/2019 tarihli kararında tesis alanı ve çevresinde 3573 sayılı Kanun kapsamında ekonomik bütünlük içeren zeytinlik saha olarak nitelendirilebilecek alanların bulunmadığı ifade edilmiştir. İlk derece mahkemesi, önceki kararında yer verdiği tespitin aksi yönünde ulaştığı sonuca ilişkin bir değerlendirmede bulunmamış ve söz konusu çelişkiyi giderecek bir gerekçe ortaya koymamıştır"*. AYM, Ahmet Karam ve diğ.leri, B. No: 2019/29604, T.13.12.2023.

leştirilmelidir⁴⁸. Aksi bir değerlendirme, kişilerin maden haklarına sahip olduğu, yatırım yapmak suretiyle arama faaliyetini gerçekleştirdiği, işletme izni olarak faaliyete hazır hale getirdiği bir maden sahasında; mevzuatın (3573 sayılı Kanun'un 20. maddesi) hatalı yorumlanması sebebiyle, maden haklarının yani mülkiyet hakkının ihlal edilmesi anlamına gelebilecektir⁴⁹.

48 Danıştay'ın madencilik faaliyeti özelinde 'üstün kamu yararı değerlendirmesi' yaptığı kararları mevcuttur. "Okul ya da maden işletmeciliği arasındaki kamu yararı çatışmasında üstün kamu yararının maden ocağı lehine olacağı tartışmasıdır". Danıştay 6. D, T. 15.5.2001, E.1999/3929, K. 2009/2617. "...(D)avacı şirkete ait maden işletme ruhsatı sınırları içerisinde yer alan uyumsuzluk konusu taşınmazları kapsayacak şekilde kurulması planlanan enerji iletim hattı ile madencilik faaliyeti hakkında kamu yararı bakımından hangisinin daha öncelikli olduğuna ilişkin olarak, Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğüne görevlendirilen teknik heyetin çalışma ve rapor hazırlama sürecinin tamamlanarak, davacı şirketin uhdesinde bulunan S:... sayılı ruhsat sahasından geçen enerji iletim hattında deplase çalışmalarının yapılması durumunda, (...) madencilik faaliyetinin yapılmasını imkansız hale getireceğinden söz etmek mümkün değildir. (...) Bu durumda, Maden Kanunu'nun 7. maddesinin 15. fıkrasındaki gerekliliğin yerine getirildiği, madencilik faaliyetinin yapılmasının imkansız hale gelmesinin söz konusu olmadığı ve ülkemizin enerji ihtiyacının hızla artış gösterdiği dikkate alındığında, enerji ihtiyacının karşılanması amacıyla inşa edilecek iletim sistemleri için ihtiyaç duyulan taşınmazların temininde, enerjinin tüketim noktalarına ulaştırılmasında gecikmeye yol açılmamasında kamu yararı (...) bulunduğu sonucuna ulaşıldığından, dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık görülmemiştir". Danıştay İDDK., T. 3.4.2023, E. 2023/290, K. 2023/640. "Maden İşletme Ruhsatı Sahası İçin İstenen Orman İzininin Verilmemesine İlişkin Orman Genel Müdürlüğü'nün (...) işleminin iptali istemiyle açılan davada (...) orman alanında verilecek izne konu edilecek kamu yararı ve ormanların korunmasındaki kamu yararının karşılaştırılması yapılarak nihai kararın verilmesi gerekirken, söz konusu ölçütler değerlendirilmeden tesis edilen işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı...". İstanbul BİM, 9. İDD., T. 10.9.2018, E. 2018/808, K. 2018/1205 "...somut olarak dava konusu taşınmazın mera vasfının değiştirilmesinde zaruret halinin olup olmadığına ve alternatif alan olup olmadığına ilişkin gerekli ve yeterli tespit ve gerekçelere yer verilmeden, somut bir bilgi ve belge ortaya konulmadan talebin reddedildiğinin görüldüğü, bu durumda, dava konusu taşınmazın mera vasfının değiştirilmesinde zaruret hali ile alternatif alan olup olmadığı ve üstün kamu yararı bulunup bulunmadığı hususlarında somut tespit ve gerekçelere yer verilmeksizin, sadece genel uyarı niteliğindeki Bakanlık yazısına yer verilme suretiyle tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığı, öte yandan, iş bu kararın doğrudan söz konusu yerin mera vasfının değiştirilmesi sonucunu doğurmayacağı, mevzuat çerçevesinde gerekli inceleme ve araştırma yapılarak somut tespit ve gerekçelere dayalı olarak idarece tekrar değerlendirmeye tabi tutulacağına da açık olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ilişkin olarak Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 31/01/2020 gün ve E: 2019/1052, K: 2020/212sayılı kararı (...) aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizde de uygun görülmüş olup...". Ankara BİM, 9. İDD., T. 23.9.2020, E. 2020/1467, K. 2020/1396.

"... (Y)apılacak olan spor kompleksinin yerinin, ilgili idarelerin ortak çalışması ile araştırılmak suretiyle belirlendiği, F2 Spor Kulübü Derneği tarafından yapılacak olan spor kompleksinin faaliyete geçtiğindeki istihdam edilecek kişi sayısı ve ülke ekonomisine yapacağı katma değerini, davacı tarafından ruhsat kapsamında yürütülmekte olan çimento kili üretimi ile ilgili işletme sahasının topluma katacağı kamu yararından ve katma değerinden üstün olduğu..." İstanbul BİM, 9. İDD., T. 11.11.2020., E. 2020/219, K. 2020/1257.

49 Zira, Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkını kapsamaktadır. AYM, T. 01.07.2015, E.2015/39, K.2015/62. Bu bağlamda, mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğine kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı aynı haklar ve fikri hakların yanı sıra, icrası kabil olan her türlü hak ve alacaklar da mülkiyet hakkının kapsamına dahildir. AYM, Mahmut Duran ve diğerleri, B. No: 2014/11441, T.01.02.2017. Bir işin yürütülmesi için verilen "çalışma ruhsatları" (business licenses), Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkının konusunu oluşturmaktadır. Bu çerçevede, maden işletme ruhsatı ve izninin Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı kapsamında bir varlık olduğu açıktır. AYM, Ak Demirtaş Madencilik Nakliyat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., B. No: 2014/1989, T.15.06.2016.

Danıştay, maden ruhsatı sahibi şirket tarafından sunulan kamulaştırma projesi kapsamında, taşınmazların bulunduğu alanda madencilik faaliyeti yürütülmesinde, tarımsal faaliyetlere kıyasla üstün kamu yararı olduğunu, “*anılan projenin ülke ekonomisine katkısının tarımsal faaliyetlere oranla daha fazla olduğu şüphe götürmemek(tedir)*” demek suretiyle ifade etmiştir⁵⁰.

Şu halde, Bakanlık üstün kamu yararı değerlendirmesini yaparken tarımsal faaliyet ile madencilik faaliyetini, yaratacakları istihdam, ülke ekonomisine katkıları, vergi geliri, çevreye etkisi, gıda güvenliği, madenin nadirliği gibi çeşitli unsurlar yönünden ele alarak bir sonuca ulaşması gerekmektedir. Ancak, “bu karşılaştırmanın yapılabilmesi için talep edilen alanlarda arama çalışmalarının tamamlanması ve bu çalışmalar sonucunda yeraltında bulunan cevherleşmenin ortaya konulması gerekmektedir. Dolayısı ile belirtilen alanlarda arama çalışmaları tamamlanmadan cevherleşme tespit edilememekte ve kamu yararı kararı için gerekli olan veri sağlanamamaktadır. Kanunda tarım dışı amaca tahsis sürecinde arama amaçlı madencilik faaliyetleri ile ilgili hangi işlemlerin yürütüleceği net olarak açıklanmamış olup, hangi işlemlerin yapılacağı tam olarak tanımlanmamıştır”⁵¹. Bu da, özellikle arama aşamasında üstün kamu yararı değerlendirmesini zorlaştırmaktadır.

- Toprak Koruma Projesinin Hazırlanması

5403 sayılı Kanununun 13’üncü maddesine uyarınca, tarım arazilerinin amaç dışı kullanım taleplerine, toprak koruma projelerine uyulması kaydıyla izin verilebilmektedir. Bu cümleden olmak üzere, tarım arazisinde madencilik faaliyeti yürütülebilmesi için, toprak koruma projesinin hazırlanması gerektiği ifade edilmelidir.

5403 sayılı Kanun’da toprak koruma projeleri, “(t)oprağın doğal veya insan faaliyetleri sonucu yok olmasını, bozulmasını veya zarar görmesini ön-

50 Danıştay 6. D., T. 15.2.2023, E. 2022/1190, K. 2023/1546; ancak Mahkeme, ‘acelelik’ halinin olmadığı gerekçesiyle acele kamulaştırma işlemini hukuka aykırı olarak değerlendirmiştir. Kararın gerekçesinde üstün kamu yararı değerlendirmesi şu şekilde yapılmıştır: “...(S)unulan kamulaştırma projesinde; ... ve ... sicil sayılı IV. Grup işletme ruhsatlı sahalarda yapılan çalışmalar neticesinde, ... ve ... Köylerinde kamulaştırılması planlanan 1.988.328,06 m²’lik alanda firesiz ürün yetiştirilmesi halinde 499,25 ton buğday üretileceği, üretim giderlerinin düşülmesiyle birlikte tarımsal faaliyetlerden toplamda 407.144,68 TL gelir elde edileceği, oysa yapılması planlanan madencilik faaliyetlerine ilişkin olarak ise, kurulacak tesislerin inşaat aşamasında 250 kişinin, işletme aşamasında 350 kişinin istihdam edileceği, sağlanacak doğrudan ve dolaylı istihdam imkanıyla bölgedeki işsizliğin azaltılmasında katkıda bulunulacağı, Kütahya Tavşanlı Altın-Gümüş Madeni Projesi kapsamında 30.494,31 ons/yıl dore altın ve 37.037,63 ons/yıl dore gümüş üretileceği, 377.856.601,36 TL/yıl gelir elde edileceği, 22.830.095,71 TL/yıl Devlet hakkı ve 51.573.717,40 TL/yıl vergi ödeneceği hususları beyan edilerek, halihazırdaki tarımsal faaliyetlere oranla, anılan projenin ülke ekonomisine katkısının çok daha fazla olduğunun ileri sürüldüğü görülmekte, dava konusu taşınmazların bulunduğu alanda madencilik faaliyeti yürütülmesinde, tarımsal faaliyetlere kıyasla üstün kamu yararı olduğu düşüncesiyle kamu yararı kararının alındığı...”.

51 Çağatay, s. 68.

lemek ve sürekli üretken kalmasını sağlamak için yapılan fiziksel, kültürel ve bitkisel tedbirleri kapsayan projeler” olarak tanımlanmıştır. (Madde 3/1-0)

Toprak koruma projeleri, arazi bozulmalarını ve toprak kayıplarını önlemek için gerekli olan sekileme, çevirme, koruma duvarı, bitkilendirme, arıtma, drenaj gibi imalat, inşaat ve kültürel tedbirleri içerir şekilde, en az bir ziraat mühendisi sorumluluğunda hazırlanmakta ve valilik tarafından onaylanmaktadır⁵². Madencilik faaliyetinin yürütülebilmesi için Kanun gereği hazırlanması zorunlu olan toprak koruma projesi, projenin uygulanacağı alanın yeri, yapılacak tarım dışı faaliyetin niteliği, bu faaliyetten dolayı çevre arazilerde meydana gelecek muhtemel toprak kayıpları ve arazi bozulmaları ile bu olumsuzlukları giderecek tedbirleri ihtiva edecek şekilde hazırlanacaktır⁵³.

Tarım dışı kullanım izni verilmesi halinde, tarım arazisinde yürütülecek madencilik faaliyeti, hazırlanan bu toprak koruma projesine uygun şekilde yürütülmek zorunda olup⁵⁴; projenin uygun olup olmadığından projeyi onaylayanlar, projenin uygulanmasından ise arazi sahipleri ve kullananlar (madencilik faaliyetini yürütenler) sorumludur⁵⁵.

- Toprak Koruma Kurulunun Uygun Görüşü

Tarım arazilerinin amaç dışı kullanımı, “kurulun uygun görmesi şartıyla” mümkün olabilecektir⁵⁶. Kanun koyucu burada il toprak koruma kurulunun uygun yani olumlu görüşünün alınmasını bir usul kuralı⁵⁷ olarak ihdas etmiştir. Kurul’un yalnızca görüşünün alınması değil, uygun görüşünün varlığı aranmaktadır. Uygun görüşün yokluğu, amaç dışı kullanım izni verilebilmesine engel teşkil ederken, varlığı ise doğrudan iznin verileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Uygun görüşün varlığı halinde de, izin vermeye yetkili makam tarafından ayrıca değerlendirme yapılacaktır.⁵⁸ Buna karşın Danıştay, toprak koruma kurulu kararlarının ayrılabilir işlem kuramı gereğince idari yargıda dava konusu edilebileceğini ifade etmektedir⁵⁹.

Alternatif alan değerlendirmesi dışında toprak koruma kurulunca hangi

52 5403 sayılı Kanun, Madde 12/3.

53 Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmelik, Madde 10/4.

54 5403 sayılı Kanun, Madde 13/1.

55 Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmelik, Madde 10/3.

56 5403 sayılı Kanun, Madde 13/1.

57 Uygun görüş alınması usulü hakkında bakınız: Emre Can, *İdari İşlemin Şekil Unsuru*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 160 ve devamı.

58 Kurul kararlarına yapılan itiraz neticesinde Bakanlık tarafından kurul kararının yeniden değerlendirilmesi istenebilmektedir. Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmelik, Madde 6/1- e: “Kurul kararlarına yapılan itirazlar sonucu Bakanlık tarafından yapılan incelemeye dayalı hazırlanan rapor veya talebi destekleyici nitelikte yeni bilgi ve belgenin sunulması halinde, kararlar Kurul tarafından yeniden değerlendirilir”.

59 “Tarım arazilerinin amaç dışı kullanımının sağlanması için takip edilen idari süreç içinde tesis

kriterler kapsamında görüş oluşturulacağına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yönetmelikte, tarım il müdürlüğüne hazırlanan etüt raporunda⁶⁰ tespit edilen tarım dışı amaçlarla kullanıma ilişkin alternatif alanların Kurul tarafından değerlendirileceği ve alternatif olup olmayacağına gerekçeyle açıklanarak karara bağlanacağı düzenlenmiştir.⁶¹ Etüt raporunda bu yönde bir tespit olmadığında ya da başkaca unsurlara ilişkin kurulun ne şekilde değerlendirme yapacağı belirlenmemiştir. Bu anlamda tarım dışı amaçla kullanım başvurusu yapacak olan kişiler açısından hukuki belirliliğin varlığından bahsetmek güçtür.

Madencilik faaliyeti kapsamında tarım dışı amaçlarla kullanıma ilişkin kurul tarafından yapılacak değerlendirmenin, ‘üstün kamu yararı’ değerlendirmesi olmayacağı ifade edilmelidir. Kurul, tarımsal amaç dışında kullanılacak araziye ilişkin olarak madencilik ile tarımsal faaliyet arasında karşılaştırmalı bir değerlendirme yapmayacaktır. ETKB tarafından kamu yararı kararı alınmaksızın, talep olması halinde müracaatların (tarımsal kullanım bütünlüğünün bozulmaması ve arazi toplulaştırma projesi açısından sakınca bulunmaması şartıyla) toprak koruma kurulu gündemine alınabileceğinin düzenlenmesi⁶² de buna işaret eder. Kurul, yapacağı teknik değerlendirme neticesinde, tarım arazisinin bu amaç dışında kullanılıp kullanılmayacağı konusunda görüş oluşturacaktır. Bu değerlendirmeyi yaparken de, izin vermeye yetkili makam olan Tarım ve Orman Bakanlığı’nın, amaç (tarım) dışı kullanma taleplerinin değerlendirilmesi sırasında dikkate alacağı kriterleri baz almalıdır. Zira, Kurul’un oluşturacağı görüş, Tarım ve Orman Bakanlığı’nın bu konuda vereceği nihai karara esas teşkil edecektir. Bu kapsamda esas alacağı en önemli argümanın ise il müdürlüğü teknik personeli tarafından mahallinde inceleme yapılarak hazırlanan onaylı arazi etüt raporu⁶³ olacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

edilen Toprak Koruma Kurulu kararı, bir sonraki Bakanlık izni işleminin ve imar planı yapımı ya da değişikliği işleminin hukuki dayanağını oluşturmakta ve imar planı ya da değişikliği yapılarak nihai karara ulaşılabilmesi için zorunlu olarak bulunması gereken bir işlem olarak ortaya çıkmaktadır. İşlemin bu niteliği ona icraîlik vasfını kazandırmakta ve iptal davasına tek başına konu edilebilmesini mümkün kılmaktadır”. Danıştay 10.D., T. 16.01.2019, E. 2014 / 992, K. 2019/441 Sayılı Karar.

60 Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmelik, Madde 14/1: “Tarım dışı amaçla kullanılmak üzere talep edilen yerler için il müdürlüğü; arazi sınıfı, kullanım şekilleri, diğer tarımsal özellikleri ile çevre arazilerle ilişkisini, TAD Portal ve mahallinde yapılan inceleme sonucu arazi etüt raporu düzenler”. Etüt raporlarının ne şekilde hazırlanacağı hususunda bkz. Tarım Arazilerinin Korunması Kullanılması ve Planlanmasına Dair Uygulama Talimatı, Madde 9.

61 Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmelik, Madde 6/1-g.

62 Tarım Arazilerinin Korunması Kullanılması ve Planlanmasına Dair Uygulama Talimatı, Madde 7/4.

63 Tarım Arazilerinin Korunması, Kullanılması ve Planlanmasına Dair Yönetmelik, Madde 14/1: “Tarım dışı amaçla kullanılmak üzere talep edilen yerler için il müdürlüğü; arazi sınıfı, kullanım şekilleri, diğer tarımsal özellikleri ile çevre arazilerle ilişkisini, TAD Portal ve mahallinde yapılan inceleme sonucu arazi etüt raporu düzenler”. Etüt raporlarının ne şekilde hazırlanacağı hususunda bkz. Tarım Arazilerinin Korunması Kullanılması ve Planlanmasına Dair Uygulama Talimatı, Madde 9.

- Tarım Dışı Amaçla Kullanım İzni Verilmesi

5403 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinde, "arazilerin amaç dışı kullanım taleplerine, (...) Bakanlık tarafından izin verilebilir. Bakanlık bu yetkisini valiliklere devredebilir" denilmektedir. Kanun'un lafzı, Tarım ve Orman Bakanlığı'nın izin verme/vermeme konusunda takdir yetkisine işaret etmekle birlikte, sahip olduğu takdir yetkisi sınırsız değildir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, -yukarıda yer verilen- tarım dışı amaçla kullanma izni için aranılan usul ve şartlarda eksiklik olması halinde Bakanlıkça izin verilemeyecektir. Bakanlık, tarım dışı amaçla kullanma izni için aranılan şartlarda ya da izlenilmesi istenen usulde eksiklik görmesi halinde, bu eksikliğin giderilmesini sağlamalı; sonrasında başvuruyu yeniden değerlendirmelidir.

Bakanlık, il müdürlüğü teknik personeli tarafından mahallinde inceleme yapılarak hazırlanan onaylı arazi etüt raporu, müracaat dilekçesi veya yazısı, müracaat edilen parselin tapu ve kadastral bilgisini içeren belge, şerh gerekçeleri ile birlikte toprak koruma kurulunun 'uygundur' kararı, ETKB tarafından alınan (üstün) kamu yararı kararı belgesi ve yürütülecek madencilik faaliyetinin -herhangi bir tereddüde mahal vermeyecek şekilde- dikili tarım arazisinde (zeytinlikte) gerçekleştirilmesinin alternatifi olmadığına ilişkin tespitle birlikte değerlendirerek tarım dışı amaçla kullanma iznine dair bir karar verecektir⁶⁴.

Bahsi geçen bilgi ve belgelerin, Kanun'da öngörülen usul dahilinde eksiksiz şekilde temin edildiği durumlarda, tarım dışı amaçla kullanma izni verilebilecektir. Her ne kadar bu aşamada Bakanlığın takdir yetkisinin varlığından bahsedilebilecekse de; toprak koruma kurulunun teknik değerlendirmesi sonucunda verdiği 'uygundur' görüşü ile ETKB'nın (üstün) kamu yararı kararı sonrasında Bakanlık tarafından izin talebinin reddi oldukça zordur. Bu nedenle Bakanlığın sahip olduğu takdir yetkisinin teknik gerekçelerle 'sınırlı' olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Tarım dışı amaçla kullanma izninin verilmesinden sonra, toprak koruma projesine uyulmak⁶⁵, çevre ve tarım arazilerine zarar vermemek ve ruhsat süresi bitiminde araziye eski vasfına getirmek⁶⁶ kaydıyla sahada madencilik faaliyetleri yürütülebilecektir.

64 Bu hususta bkz. Tarım Arazilerinin Korunması Kullanılması ve Planlanmasına Dair Uygulama Talimatı, Madde 9/11.

65 5403 sayılı Kanun, Madde 13/1.

66 5403 sayılı Kanun, Madde 13/5. Bu şartı sağlamak amacıyla Maden Yönetmeliği'nde de ruhsat sahibine yükümlülük yüklenmiştir. Maden Yönetmeliği, Madde 116/4: "Madencilik faaliyeti yürütülen alanlardaki nebatî toprak, rehabilitasyon çalışmalarında kullanılmak üzere uygun yerde muhafaza edilir". Ayrıca maden işletme projesi kapsamında da madencilik faaliyetinin tamamlanması sonrasında arazinin rehabilitasyonuna yönelik yükümlülükler yer almaktadır.

Sonuç

Madenlerin niteliği, ülkemiz ekonomisi ve kalkınması için ihtiva ettiği önem ve bu önemin maden sahasında yürütülen zeytincilik faaliyetiyle karşılaştırılması tabiidir. Çatışan menfaatlerin bulunduğu her faaliyette bu tartışma yapılabilecektir. Madencilik-zeytincilik faaliyetleri açısından farklı olan ise bu tartışmanın 3573 sayılı Kanun'un hatalı yorumlanması üzerinden gerçekleştiriliyor oluşudur. Mezkur Kanun'un ne amacı, ne kapsamı ne de muhteviyatı zeytinliklerde madencilik faaliyetini yasaklamaya imkan tanımaktadır. 3573 sayılı Kanun'da 'zeytinlik saha' ve 'zeytinlik' için öngörülen farklı hukuki rejim ve bu hukuki rejime bağlanan farklı sonuçlar yargı mercilerince dikkate alınmamıştır. Kanun'un 20.maddesiyle getirilen sınırlamalar ve yasaklar, tespit ve ilan olunan 'zeytinlik saha'lar için geçerlidir. Zeytinliklerde madencilik faaliyetinin yürütülmesi ise 5403 sayılı Kanun'un hukuki rejimine tabidir.

Öte yandan, kamuya yararlı bir faaliyetin, kamuya yararlı başka bir faaliyete kategorik olarak üstün tutulması, -yasa koyucu tarafından gerçekleştirilse bile- 'kamu yararı' amacı doğrultusunda isabetli bir yöntem değildir. Kaldı ki, zeytinliklerde gerçekleştirilen zeytincilik ile madencilik faaliyetleri arasında bu anlama gelebilecek kanuni bir dayanak da bulunmamaktadır. Her sahanın, her faaliyetin ve yaratacağı değerın ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulması; bu değerlendirme neticesinde kamuya yararlı olanın tercih edilmesi gerekmektedir. Mevzuatın yorumunun ya da üstün kamu yararı değerlendirmesinin, teknik ve objektif hukuki bakış açısı terk edilerek, sübjektif ve ideolojik yaklaşımlar ile kamuoyunda oluşan (ya da oluşturulan) hatalı kanaatlere dayalı baskılar altında yapılması doğru değildir. Danıştay'ın kararları ve ikincil mevzuat ele alındığında, bilimsel ve ekonomik gerçeklikten uzak, hatalı bir hukuki yaklaşım sergilendiğini; bunun da kamu yararına aykırı sonuçlar doğurduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu hatalı yaklaşımın, başta Danıştay sonrasında da idarece ivedi şekilde terk edilmesi gerekmektedir.

Zeytinliklerde yürütülmek istenen madencilik faaliyetine ilişkin gerçekleştirilecek 'üstün kamu yararı' değerlendirmesinin, maden arama ve işletme safhalarına ilişkin olarak ayrı ayrı düzenlenmesi ve yapılacak değerlendirmeye esas kriterlerin de mevzuatta belirlenmesi gerekmektedir. Böylece, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik sağlanmış; idarenin bu konuda sahip olduğu takdir yetkisi sınırlandırılmış; 'üstün kamu yararı kararı'nın yargısal denetimi kolaylaşmış olacaktır.

Zeytinliklerde madencilik faaliyetinin yürütülmesi için istenilen izne dair usulün de sadeleştirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, farklı idarelerin, hatta bu idarelerin içerisindeki farklı kurul/birimlerin de dahil olduğu bir usul

öngörülmüştür. Ayrıca, tarım dışı kullanım izni talebinin sonuçlandırılması için bir süre de öngörülmemiştir. Bu durum, izin işlemlerinin uzamasına, maden ruhsat süresinin azalmasına ve hak kayıplarına yol açacak niteliktedir. Bu sürecin, yalnızca, tarım idaresince izlenmesi, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın temsilcisinin de dahil olduğu toprak koruma kurulunca değerlendirilmesi ve süreyle sınırlanması isabetli olacaktır.

KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu, Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)*, Cilt 9, Sayı 1-3, 2011.
- Anıl, Mesut, “Zeytin Yasasının Maden İşletmeciliği Üzerindeki Olumsuz Etkisi”, Editör Prof. Dr. Ali Şafak Balı, *Maden Hukuku Sempozyumu*, Astana Yayınları, Afyonkarahisar, 2015.
- Azrak, A. Ülkü, “Türkiye’de Madenlerin Hukuki Rejimi Üzerine Düşünceler”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)*, Cilt 1, Sayı 2, 1980.
- Bilgen, Pertev, “Kamu Hizmeti Hakkında”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)*, Cilt 1, Sayı 1, 1980.
- Can, Emre, *İdari İşlemin Şekil Unsuru*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Çağatay, Sıdika Seda, “Metal Madencilik Faaliyetleri Arazi Edinim Süreci: Erzincan İli İliç İlçesi, Çöpler Altın Madeni Örneği”, Dönem Projesi, Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Gayrimenkul Geliştirme ve Yönetimi Anabilim Dalı, Ankara, 2018.
- Çakmak, Münci, *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Göğer, Erdoğan, “Maden Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979.
- Gülan, Aydın, *Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri*, Lamure Yayınları, İstanbul, 2008.
- Kasapoğlu, İsmet, “Kamulaştırma, Madenciye İftira”, *Madencilik Türkiye Dergisi*, Sayı 8, 2010.
- Kaya, Cemil, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt 2, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Onur, Selahattin, “Madencilik Sektöründeki Sorunların Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyonu Raporu”, Komisyon Tutanak Özetleri, Dönem 23, Yasama Yılı: 4, Sayısı: 544, Ek: 4, 2010.
- Şahin, Ali Hamza, *Danıştay Kararları Işığında Üstün Kamu Yararı Kavramı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Şahin, Mehmet Yunus, “Tasarı Beklentileri Karşılıyor”, *Madencilik Türkiye Dergisi*, Sayı 8, 2010.
- Tuğ, O. Çağm, “Madencilik ve Tarım Bir Arada: Efemçukuru Altın Madeni”, *Madencilik Türkiye Dergisi*, Sayı 32, 2012.
- Türk, Hikmet Sami, Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerinde Açıklamalar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 36, Sayı 1-4, 1979.
- Uyanık, Halit, *Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Yıldız, Necati, “Zeytin Yönetmeliği”, Yurt Madenciliğini Geliştirme Vakfı, *Sektörmaden Dergisi*, Sayı 43, 2012.
- Yıldız, Taşkın Deniz, *Türkiye’de Maden İşletme Faaliyetleri İzin Süreçlerinin Madencilik Sektörüne Etkileri*, İksad Yayınları, Ankara, 2020.

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Yayım Sözleşmesinde Yayınlananın Yayımcı Zararına Tasarrufta Bulunmama Borcu*

Duty of the Publisher not to Act to The Detriment
of the Author in the Publishing Agreement

Murat CANGÜL**

ÖZ

Eser sahibinin yayımcı zararına tasarrufta bulunmama borcu, eser sahibinin, eserin yayımlanması ve ticarileştirilmesi sürecinde yayımcının çıkarlarına zarar verecek her türlü eylemden kaçınma yükümlülüğünü ifade eder. Yayım sözleşmesi ile çoğaltma ve yayma hakkını devreden yayımlatan, sözleşmede kararlaştırılan süre sona ermedikçe, basılan nüshaların tükenmesi için alınmış süre bitmedikçe eserin tamamı veya bir bölümü üzerinde yayımcının zararına hareket edemez. Yayımlananın yayımcının zararına olacak tasarruflardan kaçınma borcunun kapsamına çoğaltma ve yayma haklarının girdiği tartışmasızdır. Eser sahibinin manevi haklarından umuma arz hakkı ve eser içeriği hakkında bilgi verme hakkının da yayımcı zararına olmayacak şekilde kullanılması esastır. Eserini umuma arz etmeye karar vermiş olan yayımlatan yayımcı ile yaptığı sözleşme tarihi itibarıyla umuma arz yetkisini kullanmış sayılacak ve devrettiği mali hakları olan çoğaltma ve yayma hakları yayımcı tarafından kullanılabilir. Yayım sözleşmesinin imzalanmasından sonra fakat eserin yayımlanmasından önce eser sahibinin eserinin içeriği hakkında bilgi vermesinin her koşulda eserin sürümünü azaltabileceğini söylemek mümkün değildir. İçerik hakkında bilgi vermede ne kadar detaya inildiği, bu detaylı anlatımların eserin tamamı veya tamamına yakınının anlatılıp anlatılmamasına göre değişecektir. Yayımcıya devredilen mali haklar dışında kalan temsil ve umuma iletim haklarının kullanılmasına ilişkin hükümlerin yayım sözleşmelerinde yer alması, yayımcının çıkarına olacaktır. Yayımcının zararına hareket etmeme borcunun istisnaları da bulunmaktadır. Dergilerdeki uzun yazılar ve toplama eserlerin yayımlatan tarafından yeniden yayımlatılabilmesi için kanun koyucu bir süre öngörmüştür. Bu süre, yayım tarihinden itibaren başlayacak olan üç aylık süredir.

Anahtar Kelimeler: Yayım sözleşmesi, yayımcı, yayımlatan, tasarruf, zarar.

* Makale gönderim tarihi: 15.10.2023. Makale kabul tarihi: 08.01.2024, Murat Cangül, "Yayım Sözleşmesinde Yayımlananın Yayımcı Zararına Tasarrufta Bulunmama Borcu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2024, s.87-122, DOI: <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2024.11.1.1>.

** Dr. Öğretim Görevlisi, Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi;
İletişim: murat.cangul@ankaramedipol.edu.tr; ☎ 0000-0002-3246-8762.

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.

ABSTRACT

The obligation of the author not to act to the detriment of the publisher implies the author's duty to avoid any action that would harm the interests of the publisher during the process of publication and commercialization of the work. By transferring the reproduction and distribution rights through the publishing agreement, the author cannot act to the detriment of the publisher on the entirety or a part of the work until the customary period for the depletion of printed copies expires, as agreed in the contract. It is undisputed that the obligation to refrain from actions that would be detrimental to the publisher includes the reproduction and distribution rights. It is essential for the author to exercise the right to make the work available to the public and provide information about the content of the work without causing harm to the publisher. The author, who has decided to make the work available to the public, will be deemed to have exercised the right to make it available to the public as of the date of the contract with the publisher, and the transferred economic rights, including reproduction and distribution rights, can be used by the publisher. It is not possible to claim that providing information about the content of the work by the author before its publication would always reduce the circulation of the work. The extent of the detailed information about the content will vary depending on whether the entire work or a significant portion of it is disclosed. It will be in the publisher's interest for provisions regarding the use of representation and public transmission rights, excluding the financial rights transferred to the publisher, to be included in publishing contracts. There are exceptions to the obligation not to act to the detriment of the publisher. The legislator has provided a period for long articles in magazines and collective works to be re-published by the author. This period is three months starting from the date of publication.

Keywords: Publishing agreement, publisher, author, act, detriment.

Giriş

Yayımla sözleşmesinde yayımcının zararına tasarrufta bulunmama borcu TBK m.490/1 hükmü ile düzenlenmiştir. TBK m.490/1 “*Yayımlanan, sözleşmede kararlaştırılan süre sona ermedikçe veya süre belirlenmemişse kararlaştırılan baskı adedinin tükenmesi için alınmış süre geçmedikçe, eserin tamamı veya bir bölümü üzerinde, yayımcının zararına olacak biçimde tasarrufta bulunamaz*” şeklindedir. Bu hüküm ile yayımlatan tarafından yayımcının zararına yapılabilecek tasarrufların engellenmesi amaçlanmıştır.

Konuyu bütüncül olarak inceleyebilmek için çalışmamızda öncelikle genel olarak yayım sözleşmesi, sözleşme taraflarının hak ve borçları kısaca irdelendikten sonra TBK m.490/1 hükmünde yer alan yayımlatanın yayımcı zararına tasarrufta bulunmama borcunun hukuki niteliği ve kapsamı ile istisnaları incelenecektir.

Yayım sözleşmesinin konusunu her ne kadar mali haklardan sadece çoğaltma ve yayma hakkı oluştursa da yayımcının zararına tasarrufta bulunmama borcunun kapsamını belirlerken konuyu sadece sözleşme kapsamında devredilen mali haklar yönünden ele almak bu alandaki uygulamalar ile bağdaşmamaktadır. Yayım sözleşmesinin imzalanmasını müteakiben yayımlatanın, yayımcıya devretmediği diğer mali haklarını hangi ölçülerde kullanması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması yayımcı zararına tasarrufta bulunmama borcunun kapsamını belirleme yönünden faydalı olacaktır. Temsil ve umuma iletim gibi yayımcıya devredilmeyen diğer mali hakların yayım sözleşmesi imzalanmasının hemen sonrasında yayımlatan tarafından kullanılmak istenmesi durumunda yayımlatan ile yayımcı arasında çeşitli çıkar çatışmaları yaşanabilmektedir. Ayrıca teknolojik ilerleme ve gelişmelere bağlı olarak dijital yayımların da hayatımızda önemli bir yer tutması karşısında, yayımcıya devredilmeyen umuma iletim hakkının yayımlatan tarafından kullanılmak istenmesi durumunda TBK m.490/1 hükmünün nasıl uygulanacağına ilişkin muhtemel sorunların ortaya çıkması olasıdır. Bununla birlikte yayımlatana ait umuma arz ve eser tanıtımına yönelik manevi hakların kullanılmasında da yayımcının zarar görmemesi açısından çözümler üretilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla çalışmamızda yayımcı zararına tasarrufta bulunmama borcunun kapsamını belirlerken yayım sözleşmesi ile devredilen mali hakların dışında kalan hakların kullanımının hangi ölçülerde olması gerektiği tartışılacaktır. Bununla birlikte yayım sözleşmesinin imzalanması ile birlikte yayımlatanın manevi hakları olan umuma arz ve eser içeriği hakkında bilgi verme haklarını nasıl kullanabileceği, bu kullanımların yayımcının zararına tasarrufta bulunmama borcu kapsamında nasıl değerlendirileceği de inceleme konusu yapılacaktır.

I. Yayım Sözleşmesi

A. Genel Olarak

Yayım sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 487. maddesi ile hükme bağlanmış olup ilgili maddede *“Bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir.”* şeklinde tanımlanmıştır¹. Yayım sözleşmesindeki amaç, bir fikir ve sanat eserinin çoğaltılması ve

1 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu (BK) *“...edebi ve sınai bir eserin müellifi...”* demek suretiyle yayım sözleşmelerinin konusunun, edebi ve sınai eserlerinden oluştuğunu düzenlemekteydi. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ise isabetli bir biçimde, yayım sözleşmesinin konusunu genişleterek sahibinin hususiyetini taşımak kaydıyla fikir ve sanat eser türlerinden her birisinin kural olarak yayım sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğini belirtmiştir.

yayılmasını sağlamaktır². TBK'nın 488. maddesi “*Yayım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.*” şeklinde düzenlenmiştir³.

Eserin fiilen teslimi yayım sözleşmesinde yayımlatanın asıl borcu değildir.⁴ Eserin teslimi taraflar arasında sözleşmenin kurulması bakımından da zorunlu bir unsur değildir. Zira yayım sözleşmeleri rızai sözleşmelerdendir⁵. Sözleşmenin tarafları arasındaki ilişki eserin teslimiyle değil rızaların birleşmesiyle yani iradelerin karşılıklı birbiri ile uyuşması ile kurulur. Ancak yayım sözleşmesinden beklenen amacın gerçekleşebilmesi için eserin yayımcıya teslim edilmesi gerekmektedir. TBK m.487 hükmünde yayımlatan için “bir fikir ve sanat eseri sahibi veya halefi⁶” ibareleri kullanılmıştır. TBK “eser” kavramını tanımlamamaktadır. Bu yüzden eser kavramının tanımlanmasında, FSEK hükümlerinin dikkate alınması gerekecektir⁷.

- 2 Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 230; Aydın Zevkiler, K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.; Mustafa Ateş, *Yayım Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2023, s. 17. (*Yayım Sözleşmesi*) Çoğaltma ve yayma dışındaki diğer mali hakların, başka sözleşmelere konu olabileceği ancak yayım sözleşmesinin konusunu oluşturamayacağı ifade edilmiştir. Bkz. Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul, 2014, s. 1119- 1120.
- 3 818 sayılı mülga Borçlar Kanununda yayım sözleşmesinin şekline ilişkin bir düzenleme bulunmamakta idi. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) 52. maddesi eser üzerindeki mali hakların devri sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması zorunluluğunu getirmiştir.
- 4 Ayiter, s. 233. Bir kırtasiyeye fotokopi veya çıktı almak için eserin bırakılması, bir başkasına saklaması için geçici olarak bırakılması ya da eserin bir başkasına hediye edilmesi durumları da söz konusu olabilir.
- 5 Nisim Franko, *Türk Borçlar Kanununa göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri (B.K. 373-381)*, Aİ-TİA Yayınları, Ankara, 1981, s. 2-5; Ayiter, s. 232-233; Necla Giritlioğlu, *Yayım Sözleşmesi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1253, Hukuk Fakültesi No: 269, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, s. 42; Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Ankara, 2008, s. 787- 789; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 254; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku C. II Özel Borç İlişkileri*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977, s. 589-590 (*Özel Borç İlişkileri*).
- 6 Halefler, sözleşmenin konusu olan çoğaltma ve yayma hakkını eser sahibinden iktisap etmiş olan kişiler ve eser sahibinin mirasçılardır. Bkz. Ayiter, s. 238; Öztan, s. 785; Tunçomağ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 583. Canan Yılmaz, *Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarına Göre Yayın (Neşir) Sözleşmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bilim Dalı, 2007, s. 32; 818 sayılı mülga BK m. 372’de sözleşmenin tarafı olarak “*edebi ve snai bir eserin müellifi veya halefi*” ifadesi kullanılmıştı. Eser sahibinin vefatı ile mali hakları Türk Medeni Kanunu (TMK) madde 570 vd. hükümlerine göre mirasçılara (haleflere) intikal etmektedir. Ayrıca FSEK madde 63 hükmü “*Bu Kanunun tanıdığı mali haklar miras yolu ile intikal eder. Mali haklar üzerinde ölüme bağlı tasarruflar yapılması caizdir.*” şeklinde hüküm ihtiva etmektedir. Dolayısıyla eser sahibi ile hak sahibi birbirinden farklı kişiler olabilir. Bir eseri meydana getiren onun sahibidir ve eser üzerindeki haklara kendiliğinden sahip olur. Ayrıca eseri üzerindeki mali hakları kısmen ya da tamamen bir başkasına devreden eser sahibi, eser üzerindeki mali hakların kısmen ya da tamamen, herhâlde sözleşme hükümleri kapsamında, sahibi olmaktan çıkar. Bu açıdan hükümde *halefi* ibaresine de yer verilmesi isabetlidir.
- 7 Duygun Yarsuvat, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları*, Genişletilmiş 3.Bası, İÜSBF Yayınları İstanbul, 1984, s. 200; Tekinalp, s. 252. K. Emre Gökyayla, “Yayım Sözleşmesinin Konusu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı Cevdet Yavuz’a Armağan*, Cilt 22, Sayı 3, İstanbul, 2016, s. 1136 (*Yayım Sözleşmesinin Konusu*).

FSEK m.1/b hükmüne göre eser, sahibinin “hususiyetini” taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini ifade eder.

Yayım sözleşmesine konu hakların geçişi ile ilgili olarak düzenlenen TBK m.489 hükmü “*Yayım sözleşmesiyle eser sahibinin hakları, sözleşmenin ifasının gerektirdiği ölçüde ve süreyle yayımcıya geçer.*” şeklindedir. Bu hüküm amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisine uygun bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu bağlamda sözleşme, hakların amaçla sınırlı devrini içerir. Yayım sözleşmesi yapılmasının amacı fikir ve sanat eserinin çoğaltılıp yayımlanmasının sağlanmasıdır. Başka bir deyişle sözleşmeye göre yayımcının asli edim borcu eseri çoğaltıp yaymaktır. Yayımlatan sahip olduğu çoğaltma ve yayma haklarını, yayımcının yayım sözleşmesinden doğan asli borçlarını ifa etmesini sağlayacak ölçüde ve sürede geçirmektedir.⁹

B. Tarafların Hak ve Borçları

FSEK’in tanımlar başlıklı 1-B-b hükmüne göre eseri meydana getiren kişi eser sahibi olarak tanımlanmıştır. Aynı zamanda FSEK m. 8/I hükmü de fikir ve sanat eseri sahibini, onu meydana getiren kişi olarak tanımlamıştır¹⁰. Fikri çaba sonucunda ortaya çıkan bir yaratımın eser olarak kabul edilebilmesi onun fikri düzeyde kalmamasını gerektiriyorsa da bu eserin alenileşmiş veya yayımlanmış olması gerektiği anlamına da gelmemektedir¹¹. Başka bir deyişle eseri yaratan kişi, eseri meydana getirdiği an sırf yaratma olgusu ile eser üzerinde fikri hakkı kazanabilmektedir¹². Eser sahibinin halefi fikir ve sanat eseri üzerinde eser sahibinin sahip olduğu malî ve manevî hakların bir kısmını kullanabilir. Yayım sözleşmesinin amacına uygun olarak yayımlatana düşen borçları yerine getirecek ölçüde eseri kullanıp değerlendirme olanağını elde

8 Sahibinin hususiyeti kavramı ile kastedilen bir eserin, bağımsız fikrî, sanatsal, edebî ya da düşünsel çalışma ürünü olması ve az çok sahibinin zekâ, bilgi ve yaratıcılığını yansıtmaya gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Bu hususta bkz. Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri II -Fikir ve Sanat Eserleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1954, s. 7; İlhan Öztrak, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, AÜSBF Yayınevi, Ankara, 1971, s. 16; Ayiter, s. 40, Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 52-53.

9 Hüküm 818 sayılı mülga BK 373/1 hükmü ile aynı doğrultuda düzenlenmiştir. 818 sayılı mülga B.K m.373 hükmü “*Neşir mukavelesi, müellifin haklarını, mukavelenin ifasının icap ettirdiği miktar ve zaman için naşire nakleyleler*” şeklinde idi; Ayiter, s. 230; Tekinalp, s. 254; Yılmaz, s. 64-65; Ateş, *Yayım Sözleşmesi*, s. 41, Öztan, s. 791-792; Emre Cumaloğlu, *Yayım Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 74.

10 4110 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce, FSEK madde 8’de “Bir eser sahibi onu vücuda getirir” olarak tanımlanmıştı.

11 Ahmet Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 121-122; Tekinalp, s. 12; Öztan, s. 102; Erel, s. 86.

12 Öztrak, s. 35; Ayiter, s. 90; Arslanlı, s. 62-63; Erel, s. 86.

etmiş olmak TBK m. 487 anlamında halef sayılmak için yeterlidir¹³. Yayımçı ise TBK ve FSEK’de tanımlanmamıştır. 5187 sayılı Basın Kanunu m.2/j hükmü yayımcıyı, bir eseri basılmış eser durumuna getirip yayımlayan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlamıştır.

Eseri çoğaltma ve yayma işinin idari, mali, hukuki ve organizasyonel risk ve sorumluluğunu taşıyor olmak yayımcı sıfatını kazanmak bakımından yeterlidir¹⁴.

Yayım sözleşmesinin tarafları karşılıklı olarak borç altına girip hak elde eder¹⁵. Yayım sözleşmesi ile yayımcı, eseri sadece çoğaltarak piyasaya sürme hakkını iktisap etmez, aynı zamanda eseri çoğaltıp piyasaya arz etmeyi borçlandırır¹⁶. Yayım sözleşmesinde eser sahibinin asli borcu ise eserin yayımcıya teslim edilmesidir. (TBK md. 487).

Bu borçlar yayım sözleşmesinin borçlandırıcı niteliğini gösterir. Diğer taraftan TBK m.489 hükmü gereği yayım sözleşmesiyle birlikte sözleşmenin ifası gerektirdiği ölçüde ve süreyle yayımlatma hakkı yayımcıya geçer. Bu hakkın geçişi de sözleşmenin tasarrufi niteliğini gösterir. Yayım sözleşmesi hem borçlandırıcı işlemleri hem de tasarruf işlemlerini bünyesinde barındırır¹⁷. Sözleşmenin tasarrufi niteliği neticesinde yayımlatma hakkı yayımcıya geçmektedir. Bu hak geçişini sağlayan yayım sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması tarafların haklarını güvenceye almaktadır.

Yayımlatana telif bedeli ödenmesi sözleşmenin esaslı unsurlarından biri değildir. Ancak TBK m.496/1 hükmüne göre “taraflar aksini kararlaştırmadıkça”, yayımcının yayımlatana telif bedeli ödemesi gerekir. Başka bir deyişle sözleşmenin ücretsiz olarak bağitlanması da mümkündür.

TBK m.491/1-2 hükümleri uyarınca sözleşmede basım sayısı belirtilmemişse, yayımcının ancak bir basım yapma hakkı bulunmaktadır.¹⁸ TBK m.491/2

13 Bkz. I. Bölüm-A dipnot. 7’deki açıklamalarımız.

14 Ateş, *Yayım Sözleşmesi*, s. 33.

15 Necip Bilge, *Borçlar Hukuku-Özel Borç Münasebetleri*, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER) Yayınları, Ankara,1971, s. 272; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku-Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 376; Tekinalp, s. 253; Turgut Uygur, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 3.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 2253; Kılıçoğlu, s. 302; Tunçomağ, *Özel Borç İlişkileri*, 589-590.

16 Franko, s. 11; Gökyayla, *Yayım Sözleşmesinin Konusu*, s. 1134.

17 Ayiter, s. 232; Arslanlı, s. 172; Franko, s. 7; Giritlioğlu, *Yayım Sözleşmesi*, s. 41; Yılmaz, s. 58; Tunçomağ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 1137.

18 Baskı adedi ve basım sayısı kavramları birbirleriyle ilişkili olsa de birbirinden farklı anlamlar taşır. Basım sayısı yayımcının yaptığı çoğaltma faaliyetinin sayısıdır. Baskı adedi ise yayımcının her basımda bastığı nüsha sayısıdır. Bir eserin baskısı dağıtılmak üzere basılan nüshaların tamamından oluşmaktadır. Bkz. Senai Olgac, *Kazai ve İlmi İhtihatlarla Borçlar Kanunu Şerhi*, Cilt 4, Emel Matbaacılık, Ankara,1976, s. 46.

hükmü ile taraflar, sözleşmenin süresini veya baskı adedini kararlaştırmak zorundadırlar.¹⁹

II. Yayımcının Zararına Tasarrufta Bulunmama Borcunun Hukuki Niteliği

Yayımlatanının yayımcı zararına tasarrufta bulunmama borcunu düzenleyen TBK m.490/1 hükmü “*Yayımlatan, sözleşmede kararlaştırılan süre sona ermedikçe veya süre belirlenmemişse kararlaştırılan baskı adedinin tükenmesi için alışılmış süre geçmedikçe, eserin tamamı veya bir bölümü üzerinde, yayımcının zararına olacak biçimde tasarrufta bulunamaz.*” şeklinde kaleme alınmıştır.²⁰

Yasa metninde yer alan tasarruf kelimesi dilimizde *bir şeye sahip olma ve onu istediği gibi kullanma yetkisi; kullanım, tutum, para-mal vs. biriktirme* anlamlarına gelmektedir.²¹ Tasarruf kelimesi, “tasarruf işlemi” ve “tasarruf yetkisi” kavramları ile bir bütünlük içerisinde hukuken bir anlam kazanmaktadır.

Tasarruf işlemi²², tasarrufta bulunan kişinin malvarlığındaki bir hakka doğrudan müdahale ederek söz konusu hakkın özüne tesir edecek şekilde üçüncü bir kişiye devreden, sınırlayan, külfet yükleyen, içeriğini değiştiren ya da sona erdiren bir hukukî işlem olarak tanımlanmıştır.²³ Tasarruf yetkisi

19 TBK m. 491/2 hükmünün gerekçesinde bu durumun uygulamada görülen kötüye kullanımları önlemek için öngörüldüğü ifade edilmektedir. 818 sayılı mülga BK m. 375 uyarınca eser sahibi ile yayımlayan arasındaki sözleşmede aksi belirtilmediği müddetçe yayımlayan baskı adedini belirlemekte serbest idi.

20 Anılan hükmün gerekçesinde, yayımlatanın, kararlaştırılan sürenin sona ermesinden ya da kararlaştırılan baskı adedinin tükenmesi için alışılmış sürenin geçmesinden sonra, eserin tamamı veya bir bölümü üzerinde tasarrufta bulunabileceği kabul edilerek, bu konuda uygulamada görülen bazı kötüye kullanımların önlenmesi amaçlandığı belirtilmiştir ki, kanaatimizce de eser sahibinin haklarının korunması açısından yerinde bir hükümdür. 818 sayılı mülga BK m. 374/I hükmünde baskıların tükenmesi durumunda kaçınma borcunun süresinin sona ereceği düzenlenmiştir.

21 Bkz. TDK sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi 20.09.2023.

22 Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nda tasarruf işlemi tanımlanmamıştır. Ancak tasarruf kelimesi diğer hukukî kavramlarla birlikte Türk Medenî Kanunu’nda, Aile Hukukunda eşlerden birinin bazı malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlandırılması ve mal rejimlerinde, Vesayet Hukukunda, miras hukukunda ölüme bağlı ve sağlar arası tasarruf işlemlerinde ve murisin tasarruf nisabını düzenleyen hükümlerde; Eşya Hukukunda mülkiyet hakkının içeriğinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda tasarruf ilkesi kavramı olarak, İcra ve İflas Kanununda cibrî icra tasarrufu ve tasarrufun iptali davasında vb. sıklıkla kullanılmıştır.

23 Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar*, 27. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 175; Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukuku, Cilt 1*, (Çev. Cevat Edege), Yeni Matbaa, İstanbul, 1952, s. 199; Kudret Ayiter, *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1953, s. 13 (*Tasarruf*); Bilge Umar, *Türk İcra İflas Hukukunda İptal Davaları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, s. 54; Gülşah Vardar-Hamamcıoğlu, *Medeni Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 53.

ise kişi ile hak arasındaki hukuki bir bağ olarak hakkın unsurunu oluşturmaktadır²⁴. Başka bir deyişle bir hak üzerinde tasarruf edebilme yetkisi o haktan bağımsız değildir. Bu bağlamda bir hakkın sahibi tarafından bizzat kullanılması veya mülkiyetine geçirilmeksizin başkasına kullanırılması tasarruf tabiri kapsamında değerlendirilmektedir²⁵. Yasa metninde geçen “tasarrufta bulunmama” tabiri ile olumsuz bir duruma başka bir deyişle yapılmaması gereken bir davranışa işaret edilmektedir. Burada eser üzerindeki çoğaltma ve yayma haklarını devreden yayımlatanın yapmaması gereken bir davranış söz konusudur.

Borçlunun davranış yükümlülüğü, Roma Hukukundan bugünlere kadar gelen ayrımla verme (dare), yapma (facere) ya da yapmama (non facere) şeklinde ortaya çıkar²⁶. Kaçınma ya da katlanma şeklinde ortaya çıkan yapmama borcunda borçlu, hukuken yapmaya yetkili olduğu bir davranıştan kaçınmayı veya başka bir kişinin davranışına katlanmayı vaat etmektedir²⁷. Bazı yapmama borçları olumlu bir edimle birleşmiş olarak ortaya çıkmaktadır. Burada müspet edimden bağımsız olarak borç ilişkisinin amacına aykırı olacak şekilde belli şeyleri yapmama borcu söz konusudur²⁸. Yayımlar sözleşmesinde yayımlatanın asli borcu çoğaltma ve yayma haklarını devretmek olduğuna göre bu bağlamda yayımlatanın, asli edimi olan çoğaltma ve yayma hakları ile birleşmiş bir şekilde yayımcı aleyhine tasarrufta bulunmama borcunu yükümlendiği söylenebilecektir. Belirtilenlerin ışığında yayımcının zararına tasarrufta bulunmama borcu kanundan²⁹ kaynaklanan ve kaçınma şeklinde ortaya çıkan bir yapmama borcudur.

24 Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 78; K. Ayiter, *Tasarruf*, s. 117; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 175; Selahattin Sulhi Tekinay, Galip Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Serpil Altop Tekinay *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 47.

25 Ateş, *Yayımlar Sözleşmesi*, s. 57, Yazar ayrıca yasa metninde geçen tasarruf tabirinin hukuki-tekniğin anlamda değil de genel anlamda kullanıldığına ve hakkın temlik anlamında bir tasarruf işleminin söz konusu olmadığını ayrıca tasarruf kelimesi ile ilke olarak devri mümkün olan mali haklara işaret edildiğini belirtmektedir. Bkz. Ateş, *Yayımlar Sözleşmesi*, s. 56-57.

26 Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 114; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler*, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 59; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Genişletilmiş 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 23-25; Hüseyin Hatemi, K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 8.

27 Oğuzman, Öz, s. 7; Eren, s. 96-97; Tunçomağ, *Borçlar Genel Hükümler*, s. 43.

28 Mustafa Dural, “Akitten Doğan Yapmama Borçları”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 4, Sayı 6, 7-22, İstanbul, 1970, s. 11.

29 TBK m.490/1 hükmünün emredici olmadığı, yayımlar sözleşmesi taraflarınca aksinin kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Franko, s. 101, Cumahoglu, s. 145, Ateş, *Yayımlar Sözleşmesi*, s. 57.

Yayımlatanın yayımcı zararına tasarrufta bulunmama borcu, eserin yayımlanması ve ticarileştirilmesi sürecinde yayımcının çıkarlarına zarar verecek her türlü eylemden kaçınma yükümlülüğünü ifade eder³⁰.

Yayımlatma hakkı, sözleşmede süre belirlenmişse sürenin bitiminde, süre belirlenmemiş ise baskı adedinin tükenmesi için alınmış süre geçtikten sonra yayımlatana döneceği için; yayımlatan yayımlatma hakkı üzerinde serbestçe tasarruf edebilir hale gelmektedir³¹. Yargıtay konu ile ilgili bir kararında baskı adedi tükenmedikçe eser sahibi yazarın eserin tamamında veya bir kısmında yayıncının zararına yol açabilecek biçimde tasarrufta bulunamayacağını belirtmiştir³².

III. Yayımcının Zararına Tasarrufta Bulunmama Borcunun Kapsamı

A. Genel Olarak

TBK m.490/1 hükmünde yer alan “*tasarrufta bulunmama*” ibaresinin geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu hükümden yayım sözleşmesinin imzalanmasını müteakiben eserin kısmen ya da tamamen yayımlatan tarafından yayımlanmaması veya başkasına yayımlattırılmaması sonucu çıktığı gibi, başka bir şekilde eserin kullanılmaması anlamları da çıkarılabilir³³. Tasarrufta bulunmama borcu sözleşmeye konu mevcut eserin satışına zarar verebilecek işleri de kapsamaktadır³⁴. Bu kapsamda yayımlatanın, yayımcının eseri pazarlamasını engellememesi, dağıtımını aksatmaması ve genel olarak eserin satışına zarar verebilecek herhangi bir davranışta bulunmaması gerekmektedir.

Yayımlatanın, yayımcının zararına tasarrufta bulunmama borcunun kapsamına yayım sözleşmesine konu olan eserin benzerini oluşturarak yayımcı ile rekabet oluşturacak şekilde yarar sağlamama durumu da girmektedir. Yayımlatanın aynı konu hakkında ikinci bir eser meydana getirmesi kural olarak

30 ABD Hukukunda sözleşme süresi boyunca yazarın rakip eserler üretmesi ve satışları potansiyel olarak tehdit eden herhangi bir durumun yasaklanmasının taraflarca kararlaştırılabileceği ancak ek bir zeyilname ile yazarın eserini eğitim kurumunda gerek öğretim amaçlı, gerekse de araştırmaları ve profesyonel yayınlarında kullanmasına açıkça izin verilebileceği, bu iznin çalışmanın üniversite yayınevleri bakımından açık erişim versiyonunu da kapsayabileceği ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. Melody Herr, “The Rights Provisions of a Book Publishing Contract” *The Journal Of Librarianship Scholarly Communication*, Cilt 6, General Issue, 2018, s. 7.

31 Yayım sözleşmesi hakların amaçla sınırlı olarak devrini öngördüğünden devredilen çoğaltma ve yayma haklarının tekrar yayımlatana dönmesi için ayrıca bir işleme ihtiyaç bulunmamaktadır. Bkz. Ayiter, s. 242; Öztan, s. 791-792; Ateş, *Yayımlatma Sözleşmesi*, s. 41.

32 Yargıtay 11. HD, E. 2012/13206, K. 2014/2470, T. 13.02.2014, <https://karararama.yargitay.gov.tr/erişim tarihi: 12.10.2023>.

33 Tekinalp, s. 256; Yılmaz, s. 146, 147.

34 Martin P. Levin, “The Contemporary Guide to Negotiating the Author-Publisher Contract,” *N.Y.L. School Review*, Cilt 54, Sayı 447 (2009-2010), s. 475; Cumaloğlu, s. 143.

mümkün olsa dahi ikinci eser ilki ile çok benzer olmamalı ve bu anlamda ilk eser ile rekabet etmemelidir. İki eser arasında okuyucunun zihnen bağlantı kurup kurmadığı göz önünde tutulmalıdır³⁵. Bu durumun tespiti toplumdaki ortalama makul dürüst kişi dikkate alınarak değil de eserin hitap ettiği ortalama makul dürüst kişi dikkate alınarak yapılmalıdır.³⁶

Yayımlar sözleşmesinin konusunu her ne kadar mali haklardan sadece çoğaltma ve yayma hakkı oluştursa da yayımcının zararına tasarrufta bulunmama borcunun kapsamını tayin ederken konuyu sadece sözleşme kapsamında devredilen mali haklar yönünden ele almak bu alandaki uygulamalar ile bağdaşmamaktadır. Zira borcun kapsamında umuma iletim, temsil ve işleme hakkı gibi mali haklar ile manevi haklardan umuma arz hakkının³⁷ da incelenmesi gerekliliği ihtiyaçlara daha uygun ve isabetli olacaktır. Ayrıca özel hukuk ilişkilerinde bir anahtar görevi gören TMK m.2 hükmü ile düzenlenen dürüstlük kuralı da yayımcı zararına tasarrufta bulunmama borcunun kapsamını tayin etmede önemli bir rol ifa etmektedir.

Eser sahibinin mali hakları ile manevi hakları arasındaki bu ilişkiyi Bern Sözleşmesinde³⁸ açıkça görmek mümkündür. Bern Sözleşmesi m.6(bis) (1): “*Eser sahibinin mali haklarından bağımsız olarak ve bu hakların devrinden sonra dahi, eser sahibi, eseri üzerindeki sahipliğini ıleri sürmek ve eserinin her türlü tahrifine, bozulmasına veya diğer değişikliklerine veya şeref ve itibarına zara verecek her türlü küçük düşürücü fiillere itiraz etme hakkına sahip olacaktır.*”

Tarihsel süreç içerisindeki gelişimi ile paralel olarak eser üzerindeki mali ve manevi haklar her ne kadar birbirinden farklı da olsa bu iki hak kategorisi aralarındaki sıkı etkileşim nedeniyle birbirini tamamlayıcı şekilde işlemekte-

35 Franko, s. 113.

36 Cumahoğlu, s. 144.

37 Yayımlatanın eser üzerindeki manevi haklarından umuma arz hakkını kullanması durumunda bile eserin satışını olumsuz yönde etkileyecek ve kamunun ilgisini azaltacak davranışlardan saklanması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Cumahoğlu, s. 143. Karşı görüş için bkz. Tekinalp, s. 256.

38 1886 tarihli Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi, fikir ve sanat eserlerinin ulusal sınırlar ötesinde de korunmasını sağlamak amacıyla oluşturulan ilk uluslararası nitelikteki çok taraflı anlaşmadır. Sözleşmede; edebiyat ve sanat eserleri tanımlanmış, eser sahibinin mali ve manevi hakları ile bu hakların kullanım süre ve koşulları belirlenmiştir. Bkz. <https://telifhaklari.ktb.gov.tr/TR-332363/edebiyat-ve-sanat-eserlerinin-korunmasına-iliskin-bern-sözleşme>, 1886 yılında kabul edilmiş olup 1896 yılında Paris’te, 1908 yılında Berlin’de, 1914 yılında Bern’de, 1928 yılında Roma’da, 1948 yılında Brüksel’de, 1967 yılında Stockholm’de ve 1971 yılında Paris’te olmak üzere 8 kez değişikliğe uğramıştır. Türkiye, 1951 yılında Sözleşme’nin 1948 Brüksel metnine, 1995 yılında da 1979 Paris metnine katılmıştır. Bkz. Kılıçoğlu, *Fikri Haklar*, s. 30.

dir.³⁹ Doktrinde eser sahibinin mali hakları ile manevi haklarını birbirinden keskin çizgilerle ayırmanın mümkün olmadığı; bu iki hak grubunun birbirinden bağımsız olmadığı ifade edilmiştir⁴⁰. Nitekim Yargıtay 11. HD'nin bir kararında⁴¹ özetle: “...Eser sahibinin mali, ve manevi hakları birbirine bağlı olup, mali haklarda daima manevi bir yön mevcuttur. Her iki grup hak birbirini tamamlar...” şeklinde belirtilmiştir.

ABD Hukukunda yayımcılık alanındaki teknolojik gelişme ve yenilikler nedeniyle akıllarda herhangi bir soru işareti bulunmaması açısından yayım sözleşmelerinde eser sahibi yazarın yayımcıya açıkça vermediği mali haklarını saklı tuttuğunu belirtmesi ve yayımcıya verilen hakların tek tek tanımlanması gerektiği ifade edilmiştir⁴². Teknolojideki ilerleme ve gelişmeler sayesinde eserler fiziki basılı olarak yayınlanabilecekleri gibi elektronik ortamlarda da dijital olarak da yayınlanabilmektedirler. Aynı anda bir eserin hem fiziki baskısı hem de dijital olarak yayınlanması da mümkündür. Bu itibarla yayım sözleşmesine konu olan mali hakların dışında kalan diğer mali haklar ve bazı manevi hakların kullanımında çeşitli sorunların ortaya çıkması olasıdır. Yayımcının zararına olacak tasarruflardan kaçınma borcunun kapsamını belirleyebilmek

39 Ayiter, s. 112-113; Yarsuvat, s. 107; K.Emre Gökyayla, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi*, 2. Bası Yetkin Yayınları, Ankara, 2001 s. 141; Mustafa TÜYSÜZ, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 50; Margaret Ann Wilkinson, Natasha Gerolami, *The Author as Agent of Information Policy: the Relationship between Economic and Moral Rights in Copyright*, Western University Law School, Law Publications, 2009, 48, s. 4; Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Cannur Ercan, “Fikri Hak Kavramı ve Eser Sahibinin Manevi Haklarının Genel Anlamda Kişilik Haklarıyla İlişkisi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, Sayı 46, s. 397.

40 Mustafa Aksu, “Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme”, *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, Cilt 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 123; Arslanlı, s. 78; Ayiter, s. 113; Engin Erdil, *İçtihatlı ve Gerekeçli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi*, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 417; Erel, s. 135; Gökyayla, *Telif*, s. 142; Ernest Hirsch, “*Hukuki Bakımdan Fikri Say, Cilt 2*”, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1943, s. 117; Levent Yavuz, *Türkey Alica, Fethi Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, Cilt 1, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 229.

41 Yargıtay 11. HD, 28.02.2008 tarih ve 2007/576 E., 2008/2292 K sayılı kararı, www.karararama.gov.tr. 23.09.2023 tarihli erişim.

42 Levin, s. 452; FSEK m. 52 hükmüne göre, eser üzerindeki mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı şekilde yapılması ve sözleşme konusu olan hakların da sözleşmede ayrı ayrı gösterilmesi zorunlu tutulmuştur. FSEK m. 52’de yer alan, “sözleşmeye konu hakların ayrı ayrı gösterilmesi” zorunluluğuna TBK m. 488 hükmünde yer verilmemiştir. Fakat doktrinde, yayım sözleşmesi bakımından da sözleşmeye konu hakların ayrı ayrı belirtilmesinin gerekli olup olmadığı hususunda görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre FSEK m. 52 hükmü yayım sözleşmesi için de uygulanmadır. Bkz. Emre Cumahoğlu, Zeynep Erverdi, “Türk Borçlar Kanunu’nun Yayım Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ile Yapılan Değişiklikler ve Getirilen Yenilikler”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 397. Karşı görüş ise yayım sözleşmesine konu hakların neler olduğunun TBK m. 487 hükmünde zaten belirtilmiş olduğu yönündedir. Bkz. Zevkliler, Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. Bası, Ankara 2014, s. 600-601.

için yayımlatanın sahip olduğu umuma iletim, temsil ve işleme gibi diğer mali haklar ile manevi haklardan umuma arz ve eseri tanıtmaya haklarının kullanımı açısından sözleşmede açık ve net hükümlerin yer alması gerekliliği bu bakımdan oldukça önemlidir⁴³.

B. Mali Haklar Bakımından Yayımcının Zararına Tasarrufta Bulunmama Borcu

Bir eser üzerindeki mali haklar, eser sahibinin eserinden ekonomik yarar elde etmesini temin eden, mirasa ve hukuki işlemlere konu olabilen, sınırlı sayı ilkesine tabi olarak düzenlenmiş olan haklardır.⁴⁴ Mali haklar, eserden maddi olarak faydalanma hakkını münhasıran sahibine vermekle birlikte, eser sahibi dışındaki üçüncü kişilerin eserden haksız olarak faydalanmasını engelleyen mutlak haklardır. Bu durum mali hakkın olumlu ve olumsuz olmak üzere iki yönünü ifade eder⁴⁵. Eser sahibine mali olarak tek başına yararlanma yetkisi vermesi mali hakkın pozitif yönünü ifade ederken, eser sahibi dışındaki diğer kişilerin eserden faydalanmasının engellenmesi de mali hakkın olumsuz yönüdür.⁴⁶

43 Klasik yayım sözleşmesiyle, bir eserin elektronik ortamda piyasaya sürülmesine ilişkin sözleşme arasında, amaç bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Temel farklılık basım ve yayımın şekil ve yöntemindedir. Elektronik yayım sözleşmesine de TBK'nın yayım sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanabilmesi mümkün olmakla birlikte TBK'nın yayım sözleşmesine ilişkin hükümlerinin, klasik basım ve dağıtım yönteminin uygulandığı eserler için düzenlendiği, dolayısıyla TBK hükümlerinin tamamının aynen uygulanmaya elverişli olmadığı dikkate alınmalıdır. Bkz. Gökyayla, *Yayın Sözleşmesinin Konusu*, s. 1146.

44 Tekinalp, s. 181; Öztan, s. 351; Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 12. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 99 ; Ahmet Kılıçoğlu, "Telif Hakkı ve Yayın Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi*, Yıl: 1, Cilt 1, Sayı: 1, Ankara, 2001, s. 46; Kübra Şenol Ercoşkun "Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3 Sayı: 1, Ankara, 2013, s. 47.

45 Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003 s. 157 (*Kapsam ve Sınırlandırılma*); Ayiter, s. 125; Tekinalp, s. 180; Öztan, s. 346.

46 Ateş, *Kapsam ve Sınırlandırılma*, s. 157; Öztan, s. 346.

FSEK'te bahsedilen mali haklar, “çoğaltma hakkı⁴⁷”, “yayma hakkı⁴⁸”, “temsil hakkı⁴⁹” “umuma iletim hakkı⁵⁰” ve işleme hakkı⁵¹ şeklinde sayılmıştır.

TBK m. 489/II hükmünde “*yayımlatma hakkı*” ifadesi kullanılmıştır. Nitekim TBK m. 487 hükmünde yayımcıya yüklenen asli borçlar çoğaltma ve yayma olduğuna göre, yayımlatma hakkı kapsamında çoğaltma ve yayma hakları bulunmaktadır. O halde yasa metninde yer alan yayımlatma hakkı ifadesi, bir fikir ve sanat eserinin çoğaltılmasını ve bu eserin yayımlanarak kamuya sunulmasını sağlayan mali hakların ortak adı olarak kullanılmıştır.

Çoğaltma hakkı, eserden ekonomik yararlanmayı amaçlayan eser sahibine, eserin aynen tekrarlanmasını ve maddi bir varlık olarak somutlaşmasını sağlayan işlem yetkisiyle çoğaltılan nüshalardan eser sahibinin mali karşılık elde etmesine imkân sağlayan haktır⁵². Fikir ve sanat eserleri hukuku kapsamında çoğaltma, eserin kopyasının bir veya birden fazla sayıda üretilmesidir; Çoğalt-

47 FSEK m. 22 “*Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarı yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir. Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar.*”

48 FSEK m.23 “*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*” Yayma hakkı, bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının kiralama, ödünç verme, satım ya da benzer yollarla dağıtılması yetkisini içeren bir haktır. Bkz. Abdullah Çelik, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali – İhlalin Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 39; Yalçın Tosun, *Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 367; Yılmaz, s. 214; Cahit Suluk, Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku*, Cilt 2, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2005. s. 393.

49 FSEK m.24 “*Bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Temsilin umuma arz edilmek üzere vuku bulunduğu mahalden başka bir yere herhangi bir teknik vasıta ile nakli de eser sahibine aittir.*” Fikri hukukta temsil, sabit olmayan, geçici bir format içerisinde eserin kamuya sunulması suretiyle eserden mali olarak yararlanma yöntemlerinden biridir. Bkz. Ayiter, s. 136.

50 FSEK m.25 “*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayımlanması ve yayımlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayımlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*”

51 FSEK m.21 “*Bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*” İşleme, diğer bir eserden yararlanmak suretiyle oluşturulan bir eser olup, daima asıl eserin varlığına bağlıdır. Zira asıl eser olmadan, işleme eserden bahsedilemez. İşleme eserden söz edebilmek için öncelikle, asıl eserin bir başka biçime sokulması gerekir.

52 Tekinalp, s. 184; Öztan, s. 353; Arzu Genç Arıdemir, *Türk Hukukunda Eser Sahiplerinin Çoğaltma ve Yayma Hakları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003, s. 55.

madan bahsedebilmek için eserin çok sayıda kişiye sunulmasını sağlayacak nicelikte nüsha elde edilmesi de gerekli değildir. Tek bir nüshanın çıkartılması dahi çoğaltma sayılmaktadır⁵³.

Çoğaltma şekli, tekniği ve yöntemleri kanunda tanımlanmamıştır. FSEK m. 22/1 hükmüne göre “*herhangi bir şekil veya yöntemle*” çoğaltmanın yapılacağı öngörülmüştür.

Eserin elektronik olarak sunulan ortamdan bir başka kişi tarafından indirilmesi (download) ve bunun tersi olan yükleme (upload) işlemleri, FSEK m. 22 uyarınca birer “çoğaltma” örneğidir⁵⁴. Yayım sözleşmesinin bağtlanmasını müteakiben çoğaltma borcu kural olarak eser üzerinde hiçbir değişiklik yapılmadan aslına uygun bir şekilde yerine getirilmelidir.

Eserin yayımlatan tarafından değiştirilerek kullanılmasının, örneğin eserin kısaltılarak çoğaltılması veya çoğaltma yöntemine çok benzer bir yöntemle çoğaltılmasının yayıncının zararına tasarrufta bulunmama borcunun kapsamında olduğu ileri sürülmüştür.⁵⁵

Yayım sözleşmesi ile devredilen mali haklardan biri olan yaymanın gerçekleştirilmesi için eserin çoğaltılmış olması gerekir. Çünkü eserin sadece umuma arz edilmesi yayım sözleşmesi anlamında bir yayma faaliyeti değildir. O halde yayım sözleşmesi bağlamında yayma borcu; eserin çoğaltma işlemi gerçekleştikten sonra çoğaltılmış nüshalarının ticarî amaçlarla kamuya sunulmasıdır.

Yayım sözleşmesi ile devredilen mali haklar çoğaltma ve yayma hakları olduğuna göre yayımlatanın yayıncının zararına olacak tasarruflardan kaçınma borcunun kapsamına çoğaltma ve yayma haklarının girdiği tartışmasızdır.

Yayım sözleşmesinin imzalanması ile birlikte yayımlatan devrettiği haklar bakımından tasarruf yetkisini kaybetmiştir. Yayımlatanın bu yönden konumu toplumdaki herhangi bir kişiden farklı değildir. Yayımlatan, yayıncı ile olan sözleşme ilişkisi boyunca yayıncının eserden yararlanmasına engel olacak nitelikteki belirli davranışları yapmamakla yükümlüdür. Zira yayımlatanın sözleşme ile devrettiği bu hakları bizzat kendisinin kullanması örneğin eserin belli bir kısmını ya da tamamını çoğaltarak yayımlaması⁵⁶ ya da başka bir yayıncı

53 Bu konuda bkz. Öztan, s. 358; Yavuz, Alica, Merdivan, *Cilt 1*, s. 822 vd.

54 Bu konuda bkz. Tekin Memiş, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 113 vd; Ahunur Açıkgöz, *İnternette İndirilen Dijital Eserlerde Yayma Hakkının Tükenmesi İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 49 vd.

55 Yılmaz, s. 146.

56 Örnek vermek gerekirse yayımlatan eser sahibi, üç öyküsünü çoğaltıp yayımlamak üzere bir yayınevi ile yayım sözleşmesi imzalamış ise yayıncının yapmaya hakkı olan basilar bitmedikçe veya sözleşme ile kararlaştırılan süre dolmadan bu üç öyküyü yeni öykülerden oluşan bir başka eserine koyamayacaktır. Bkz Tekinalp, s. 256.

ile daha sözleşme imzalaması yayımcının doğrudan zararına neden olacaktır.

Yayımlatanın yeni yazacağı bir eser ile ilgili olarak, yayımcıya bıraktığı eserden, ancak üçüncü kişiler gibi, atıf yaparak yararlanabilir veya ondan pasajlar alabilir⁵⁷.

Yayımlatanın sözleşme ile devrettiği mali hakların dışında kalan mali haklarla ilgili dilediği hukuki işlemleri yapabilmesi mümkündür⁵⁸. Yayımlatan eser üzerinde başkalarına kural olarak işleme hakkı tanyabilir, eseri temsil ettirebilir, radyo ile yayın hakkını devredebilir⁵⁹. Zira kural olarak yayımlatanın bu haklar üzerindeki tasarruf yetkisi devam etmektedir. Yayımlatanın devretmediği mali haklarını inhisaren kullanma yetkisi, bu hakların FSEK' ten kaynaklanan mutlak hak⁶⁰ olması dolayısıyladır. Yayımcı ise yayım sözleşmesi ile devraldığı çoğaltma ve yayma hakları üzerinde, üçüncü kişilere de ileri sürülebilir mutlak bir hak elde etmektedir⁶¹. Ancak yayım sözleşmesi ile devredilen çoğaltma ve yayma haklarının dışında kalan bazı mali hakların yayımlatan tarafından kullanımı bazı durumlarda eserin cazibesini ve sürümünü azaltıcı etkiler doğurabilmektedir. Bu durumda yayımcının zarara uğraması olasıdır.

Yayımlatanın, çoğaltma ve yayma dışındaki mali haklarından biri temsil⁶² hakkıdır. Doğrudan temsilde eser sahibi ile muhatabı arasında herhangi bir mekanik araç olmadan eserden yararlanma söz konusudur (FSEK m. 24/I). Diğer bir ifade ile temsil, bir fikir ve sanat eserinin, kamuya açık yerlerde dinleyicisi ya da seyircisinin arasına herhangi bir mekanik araç girmeden okunması, çalınması, oynanması ve gösterilmesi suretiyle sunulmasıdır.

Bir eserin duyularla algılanmaya elverişli hale getirilmesi bir vasıta aracılığıyla icra ediliyorsa dolaylı temsilden söz edilmektedir⁶³. Canlı olarak okunan müzik eserinin veya oynanan bir tiyatro oyununun CD'ye kaydedilip yine bu cihaz aracılığıyla başka bir yerde ve zamanda tekrar kamuya sunulmasında durum böyledir. Temsil edilen bir eserin ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlar yardımıyla eş zamanlı olarak başka bir yere nakledilerek kamuya su-

57 Franko, s. 118; Yılmaz, s. 151.

58 Ayiter, s. 24; Yılmaz, s. 149; Cumahoğlu, s. 145; Tekinalp, s. 256.

59 Ayiter, s. 241; Tekinalp, s. 241.

60 Arslanlı, s. 37; Tekinalp, s. 12, 149; Öztan, s. 279; Erel, s. 86.

61 Tekinalp, s. 254; Yılmaz, s. 71; David I. Bainbridge, *Intellectual Property*, 8. Baskı, Pearson, London, 2010, s. 145.

62 Bern Sözleşmesi'nin 11. maddesinin 1. (i) bendinde temsil hakkı; "Dramatik, dramatik-müzik ve müzik eserlerinin sahipleri: Eserlerinin her türlü yöntem ve araçla toplum önünde icrasına izin verme hususunda inhisari hak sahibidirler" şeklinde ifade edilmiştir.

63 Arslanlı, s. 106; Ayiter, s. 137; Yarsuvat, s. 139; Erel, s. 177.

nulması da dolaylı temsil kapsamındadır⁶⁴.

Yayımlatanın sahip olduğu mali haklardan biri de umuma iletim hakkıdır. FSEK m.25 hükmüne göre umuma iletim, radyo, televizyon ve internet yayını ile olabileceği gibi; uydu yayını, kablo yayını veya bunlara benzer telli veya telsiz araçlarla yayın yapan kuruluşlar aracılığıyla da olabilir⁶⁵. Umuma iletim hakkı temsil hakkının bir türü olarak görülebilir. Dolaylı temsilde olduğu gibi, umuma iletimde de eserden o an için ve geçici olarak yararlanma söz konusu olup, bu yararlanma, doğrudan değil işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla gerçekleşmektedir. Ancak burada radyo, televizyon gibi geniş halk kitlelerine ulaşan teknik vasıtaların kullanılması ve bu şekilde geniş toplum kitlelerinin eserden yararlandırılması söz konusu olduğu için, umuma iletim, temsilden bağımsız ayrı bir hak olarak düzenlenmiştir⁶⁶.

Eser sahibinin mali haklarından olan umuma iletim, yayma kavramından farklıdır. Bu iki mali hak da bazen birbiri ile karıştırılmaktadır. Yayma için bir eserin tespit edilmiş veya çoğaltılmış olması gerekirken, umuma iletim için bir eserin varlığı yeterlidir⁶⁷. Dolayısıyla yayma, temsil, umuma iletim esasen manevi haklardan olan umuma arzın gerçekleştirilme yöntemleridir. Yayma, temsil ve umuma iletim fiillerinin birden fazla gerçekleştirilebileceği halde umuma arzın ancak bir defa gerçekleşeceği ileri sürülmüştür⁶⁸.

Yayım sözleşmesinin imzalanmasını müteakiben yayımlatanın, yayımcıya devretmediği umuma iletim, temsil ve işleme haklarını hangi ölçülerde kullanması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması yayımcı zararına tasarrufta

64 Erel, s. 177; Öztrak, s. 59.

65 Bern Sözleşmesi'nin 11. mük. maddesinin 1. bendinde, umuma iletim hakkı, "(i) eserlerinin radyo ve televizyon ile yayınlanmasına veya telsiz olarak işaret, ses veya görüntü nakline yarayan her türlü araçla topluma iletilmesine; (ii) eserin kablo ile topluma iletilmesine veya radyo ve televizyon yayımlarının kaynak kuruluştan başka bir kuruluş tarafından yapılması halinde tekrarlanmasına; (iii) radyo ve televizyon ile yayınlanan eserinin hoparlör ile veya diğer benzer bir araçla ya da işaret, ses ve görüntü nakleden bir araçla topluma iletimine, izin verme hususunda inhisari bir hak" şeklinde tanımlanmıştır.

66 Arslanlı, s. 109-110; Ayiter, s. 143; Öztrak, s. 60; Yarsuvat, s. 144; Erel, s. 183, 185; Gökyayla, *Telif Hakkı*, s. 176; Ateş, *Kapsam ve Sınırlandırılma*, s. 188-189. Temsil eserin umum tarafından algılanabilmesine olanak tanıırken, umuma iletim eserin umuma ulaşmasını sağlamaktadır. Bir kahvehanede CD'den çalınan müziği sadece orada bulunanların algılaması durumunda temsil söz konusu iken radyoda çalınan müzik eserinin radyo yayının ulaştığı tüm bölgelerde dinlenebilir olması umuma iletimdir. Bkz.; Cahit Suluk, Rauf Karasu, Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 99.

67 Bir müzik eserinin bir televizyon programında çalınıp söylenmesi umuma iletimken, aynı müzik eserinin CD'ye tespit edilip çoğaltılmış nüshalarının satışı yaymadır. Bkz. Hirsch, s. 195.

68 Öztan, s. 29; Sinan Bayındır, "Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 113, Ankara, 2014, s. 313; Şeref Ertaş, K. Emre Gökyayla, "Mimarî Projeler Üzerindeki Telif Hakkı", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2000, s. 411 (*Telif Hakkı*).

bulunmama borcunun kapsamını belirleyecektir. Bu bağlamda öncelikle, yayımlananın yayımcı ile sözleşme imzaladıktan sonra eserinin henüz basımı ve piyasaya sürülmesi gerçekleşmeden sahip olduğu başka bir mali hakkı olan umuma iletim hakkını kullanarak aynı anda eserini internette yayımlamasının yayımcının zararına bir tasarruf olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tartışmak gerekmektedir.

Yayımlanan, yayım sözleşmesi ile devretmediği bir hakkı olan umuma iletim hakkını kullanarak kendi eserini (ilim veya edebiyat eserini) internet aracılığıyla yayarsa, bu takdirde hem sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmiş olacak, hem de yayımcının tekelindeki mutlak hak olan yayma hakkını ihlal etmekten dolayı sorumlu olacaktır. TBK m.490/1 hükmü ile yayımlatana sözleşmeden doğan bir borç yüklenmiştir. Bu bağlamda, yayımlananın yayımcının zararına tasarrufta bulunmama borcu, sözleşmenin amacından doğan bir borçtur. Bununla birlikte yayımcıya devredilmiş olan çoğaltma ve yayma haklarının mutlak hak olma niteliğinden dolayı yayımlanan bu hakkı ihlal etmeme yükümlülüğü altındadır⁶⁹. Böylece, burada yayımcının sözleşmeden doğan nispi hakkı ile çoğaltma ve yayma haklarının kendisine devredilmesi neticesinde doğan mutlak hakkı yarışmaktadır⁷⁰. Öte yandan yayım sözleşmesi ile yayımcıya devredilmeyen umuma iletim hakkı da FSEK'ten kaynaklanan bir mutlak hak olarak yayımlananın kullanabileceği mali haklar arasındadır.

Bu bağlamda yayımlanan ile yayımcının çatışan haklarının bir denge dahilinde çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Öncelikle sözleşmenin amacı doğrultusunda yorum yapılarak sözleşmenin hangi tarafının zarara uğradığı belirlenmelidir. Bu belirleme yapılırken TMK m.2 hükmündeki⁷¹ dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanımı yasağının da dikkate alınması önem arz etmektedir⁷². Hak durumu bakımından yayımcının sözleşmeden kaynaklı nispi

69 Yılmaz, s. 153, 154; Ayiter, 241; Giritlioğlu 49-50; Franko, s. 111; Tunçomağ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 1140.

70 Yılmaz, s. 154; Giritlioğlu, 50; Franko, s. 111; Cumahoğlu, s. 145.

71 TMK m.2 hükmü: “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” şeklindedir.

72 Dürüstlük kuralı kapsamında toplumdaki kişilerden beklenen, haklarını kullanırken ve yükümlülüklerini yerine getirirken adil, dürüst ve orta zekâli bir kişinin davrandığı gibi davranmalarıdır. Bu konuda bkz. Mehmet Ayan, Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş*, 13. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 229; Hüseyin Altaş, *Medeni Hukuk Başlangıç Hüükümleri (TMK 1-7)*, 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 263; Ferit Saymen, *Türk Medeni Hukuku*, Cilt 1, İstanbul, 1948, s. 281; Aytekin Ataay, *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 147; s. 166, Necla Giritlioğlu, *Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması*, Yayınlanmamış Profesörlük Takdim Tezi. İstanbul, 1989, s. 4. Bu kural kişilerin tarafı oldukları hukuki ilişkilerde dürüst, ahlaklı ve diğer kişilerde yaratılan güvenle tutarlı şekilde davranmalarını ifade eder.

hakkı ve yayım sözleşmesi ile devraldığı mutlak hakları olan çoğaltma ve yayma hakları ile yayımlatanın mutlak mali hakkı olan umuma iletim hakkı çatışmaktadır. Yükümlülük durumu bakımından yayım sözleşmesinden kaynaklı olarak yayımlatan TBK m.490/1 hükmü ile yayımcının zararına tasarruf etmeme yükümlülüğü(borcu) altındadır. Bu yükümlülük ile yayımlatanın, yayımcının zararına olabilecek şekildeki her tür tasarrufu kısıtlanmaktadır. Bunun yanı sıra yayımcının sözleşme ile devraldığı mutlak haklar olan çoğaltma ve yayma hakları bakımından ise, yayımlatan “üçüncü kişi” konumunda⁷³ olduğu için mali hak ihlalinde bulunan kişi olarak konumlanacak ve yayımcının sahip olduğu mali hakları ihlal etmeme yükümlülüğü altında olacaktır. Hem hak ve yükümlülüklerin karşılaştırılması bakımından hem de sözleşmenin amaçsal yorumu birlikte değerlendirildiğinde yayımlatanın umuma iletim hakkını yukarıda belirtildiği gibi aynı anda kullanması hakkın kötüye kullanımı mahiyetinde olup yayımcının zararına sebebiyet verecektir.

Umuma iletim hakkında olduğu gibi yayımlatanın eseri ile ilgili temsil hakkını kullanması da bazı durumlarda yayımcının zararına neden olabilir. Bir şairin şiirlerini yayımlaması için bir yayımcı ile yayım sözleşmesi imzalanması sonrasında henüz şiirleri çoğaltılıp piyasaya sürülmeden ya da şiirlerinin piyasaya sürüldüğü tarih ile aynı veya çok yakın tarihlerde belli şehirlerde şiir dinletileri düzenleyerek kendi şiirlerini okuması yayımcının zararına bir tasarruf olarak değerlendirilebilir. Zira her ne kadar eserini temsil hakkı bir mutlak hak olarak yayımlatanın uhdesinde bulunmakta ise de yayımlatanın bu hakkını kullanma zamanlamasına dikkat etmesi gerekecektir. Başka bir deyişle eser(şiirler) henüz yayımlanmadan ya da yayımlandıktan hemen sonra yapılacak şiir dinletileri eserin muhatap kitlesi nezdinde cazibesini yitirmesine ve böylelikle sürümünün olumsuz yönde etkilenmesine sebep olabilir. Ancak şiirlerden oluşan eserin yayımlanıp satışa sunulmasından belli bir süre geçtikten sonra yayımlatan tarafından şiir dinletileri düzenlenmesinin yayımcının zararına bir tasarruf olmayacağı ve belki de satışları olumlu yönde etkileyebileceği düşünülmektedir.

Yayımcıya devredilen mali haklar dışında yayımlatanın uhdesinde kalan temsil ve umuma iletim haklarının kullanılmasına ilişkin hükümlerin de yayım sözleşmelerinde yer alması yayımcının menfaatine olacaktır. Yayım sözleşmelerinde, en azından yayımlatanın bu haklarını kullanma zamanlamasına yönelik hükümlerin yer alması bile yayımcının korunması bakımından yeterli olabilecektir.

Yayımlatanın, yukarıda da değinildiği gibi kural olarak başkalarına eser

73 Ayiter, s. 241; Yılmaz, s. 145; Cumahoğlu, s. 145.

üzerinde işleme hakkı bahşetmesi mümkün olmakla birlikte özellikle yayım sözleşmesinin konusunu oluşturan ilmi ve edebi eserlerin sinemaya uyarlanması durumunun yayımcının zararına bir tasarruf oluşturup oluşturmadığının tartışılması gerekecektir.

FSEK bağlamında işlenme eserden söz edebilmek için, kendinden önce var olan bir asıl esere sadık kalınarak (iki eser arasında fark edilebilir nitelikte bir bağın bulunması), aynı eser kategorisinde bir başka şekilde sokulan ve işleyenin hususiyetini taşıyan bir başka eserin varlığı gerekir⁷⁴. Bir eseri bir başka dile tercüme ederek işleyen kişi, meydana getirdiği tercüme eser üzerindeki yayma ve çoğaltma haklarını da eser sahibinden izin almaksızın kullanabilir. İşleme eserin tiyatro ve sinemaya uyarlanması gibi yeni değerlendirmeleri yönünden ise eser sahibinden ayrıca izin alınmalıdır⁷⁵. FSEK, sinema eserleri bakımından bir istisna getirmiştir. Bir başka eser türünün (musiki, güzel sanatlar, ilim ve edebiyat eserlerinin) sinema eseri haline getirilmesi, FSEK m. 6/I- b. 3 hükmüne göre işlenmez. İşlenme eserden söz edebilmek için işlenme eserin, yararlanılan eserin karakteristik özelliklerini (ferdi hususiyetlerini) barındırması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁶.

Her ne kadar FSEK m. 6/I, b. 3 anlamında sinema eserleri işlenme eser olarak kabul edilmiş ise de doktrinde bu husus tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, bir edebî eserden hareketle bir sinema eserinin ortaya çıkarılması durumunda ortada bir işlenme eserden bahsedilemeyeceği çünkü işlenme eserde bulunması zorunlu olan asıl esere sadakat ve onun özelliklerinin korunması şartının gerçekleşmediği sadece eser tipinin değiştiği ve bu farklı tip içerisinde başka bir eserin ortaya çıktığı belirtilmektedir⁷⁷. Gökyayla, sinema eserinin oluşmasının sadece yazılı eserin sahneye konulması demek olmadığını, özellikle yönetmenin ve özgün müzik yapımcısının da yazılı eserin yazarı kadar sinema eseri üzerinde yaratıcı özelliği bulunduğunu belirterek sinema eserinin tamamı bakımından bir işlenme eser olduğu yönündeki görüşlere katılmamaktadır⁷⁸.

Tosun ise bir edebi eserden uyarlanan film denildiğinde edebi eser türünün önce senaryoya dönüştürülmesi gerektiğini, senaryo gibi sinema filminin en önemli unsurlarından bir tanesinin diğer unsurlarla birleşerek sinema filmi

74 Öztrak, s. 29-31; Ayiter, s. 66; Yarsuvat, s. 69-71; Erel, s. 76-79; Gökyayla, *Telif Hakkı*, s. 108-110.

75 Erel, s. 160; Suluk, Karasu, Nal, s. 91.

76 Arslanlı, s. 30; Bozbel, s. 75.

77 Erel, 56 vd; Engin Erdil, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 61.

78 Gökyayla, *Telif Hakkı*, s. 102.

oluşturduğunu, senaryo başka bir eserden yola çıkılarak oluşturulmuş da olsa, hem senaryonun bir ilim ve edebiyat eseri, hem de filmin bir sinema eseri olarak korunabileceğini ifade etmektedir⁷⁹.

Bu görüşlerin ışığında edebi eser türünde bir eserini yayımlaması için bir yayımcı ile sözleşme imzalayan yayımlatanın, eserinin sinemaya uyarlanması için de aynı zamanda girişimde bulunması durumunda ancak edebi eser henüz yayımcı tarafından basılıp piyasaya sürülmeden, birbirine çok yakın zamanlarda hem edebi eserin piyasaya sürülmesi hem de sinema filminin vizyona girecek olmasının edebi eser sürümünü olumsuz şekilde etkilemesinin söz konusu olmayacağı ve yayımcının zarara uğramayacağı düşünülmektedir. Sinema eserinin, senaryo yazarından yönetmenine kadar farklı yaratıcılık özellikleri kullanılarak farklı bir yaratım sürecinden geçirildiği, böylelikle de kurgusunun farklılaştırıldığı, oyuncuların da performanslarının sinema eserine farklı bir yorum katabileceği göz önünde tutulduğunda sinema filminin edebi eserden farklılaştığı söylenebilir. Edebi eser türünün okuyucu kitlesi ile sinema eserinin izleyici kitlesinin tam olarak örtüşmediği de dikkate alındığında bu durum yayımcının zararına bir tasarruf olarak değerlendirilmemelidir.

C. Manevi Haklar Yönünden Yayımcının Zararına Tasarrufta Bulunmama Borcu

1. Genel Olarak

Manevi haklar FSEK'in eser sahibine, eseri dolayısıyla doğrudan kişiliğine bağlı olarak tanıdığı, eser ile olan manevi bağına ilişkin haklardır⁸⁰. Bir fikir ve sanat eserini fiilen meydana getirenler, onu gerçekten yaratanlar manevi hak sahibi olarak nitelendirilmektedir⁸¹. Başka bir deyişle manevi haklar eseri meydana getirenin kişiliğinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır⁸². Mane-

79 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yalçın Tosun, *Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009 s. 55, 57, 58. Yazar eğer temeldeki eser, senaryo içinde tüm varlığıyla dikkat çekiyorsa, senaryo sadece ilk eserin şekil değiştirmiş bir hali gibiyse burada işleme eserden bahsedilebileceği, ancak bu durumda bile, senaryodan çekilecek sinematografik yaratımın işleme eser olarak kabul edilmesinin yine de çok zor görüldüğü, zira bir sinematografik yaratım oluşurken görsel, işitsel ve diğer birçok teknik katmanlar, oyunculuk ve yönetmen ile diğer eser sahiplerinin katacakları ambiyans ve filmin genel konseptinin oluşturduğu bütünü, senaryoya temel oluşturan esere göre müstakil olma kıstaslarının yerine getirilmesi açısından yeterli olduğunu ifade etmektedir.

80 Ateş, *Kapsam ve Sınırlandırılma* s. 125; Ayiter, s. 113; Hirsch, s. 152; Kılıçoğlu, *Fikri Haklar*, s. 235; Tekinalp, s. 161; Yalçın Tosun, *Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 84.

81 Jane C. Ginsburg, "The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law", *DePaul Law Review*, Cilt 52, 2003, s. 1063; Hirsch, s. 152; Tekinalp, s. 160.

82 J. Carlos Ferná ndez-Molina, Eduardo Peis, "The Moral Rights of Authors in the Age of Digital Information", *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, Cilt

vi haklar eser ile yaratıcısı arasındaki doğal bağı ortaya koymaktadır.

FSEK’de “Manevi Haklar” başlığı altında dört adet manevi hak sayılmıştır: umuma arz, (FSEK m.14), adın belirtilmesi (FSEK m.15), eserde değişiklik yapılmasını menetmek (FSEK m.16), eser sahibinin zilyet ve maliklere karşı hakları (FSEK m.17.)

Bern Sözleşmesi⁸³ m.6/2(bis) hükmü, manevi hakların eser sahibinin ölümünden sonra en az mali hakların ortadan kalkmasına kadar devam edeceğini ifade eder. Sözleşme, Bern Birliği’ne üye ülkelerin milli hukuklarının bu hususu düzenleme hususunda serbest olduklarını belirtmektedir. Buna göre Birliğe üye olan ülkeler, manevi hakları mali hakların sona ermesinden sonra da devam edecek şekilde düzenlemekte serbesttir.

2. Umuma Arz Hakkının Kullanılması Bakımından Yayımcı Zararına Tasarrufta Bulunmama Borcu

Eser üzerindeki manevi hakların en önemlisi umuma arz hakkıdır. FSEK m. 14’te⁸⁴ ifade edildiği üzere bir eserin umuma arz edilip edilmemesine, zamanına ve tarzına karar verecek olan kişi münhasıran eser sahibidir.

Yayımcının zararına bir tasarruf oluşturup oluşturmadığının saptanabilmesi için öncelikle yayım sözleşmesinde umuma arz hakkının kim tarafından kullanılacağı ve bu hakkın veya hakkın kullanımının devredilip devredilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Doktrinde umuma arz hakkı yoğun tartışmalara konu olmuştur.

Bir hukuki fiil olarak umuma arz ile eser, eser sahibinin mahremiyet alanından çıkar ve insanlığın ortak kültürel mirasına dahil olur⁸⁵. Eser sahibinin iradesi ile eserin ilk defa alenileşmesi umuma arzdir. Kamunun esere ulaşmasını sağlayan her çeşit faaliyet alenileşmedir⁸⁶.

FSEK m.14 hükmüne göre umuma arz hakkının, eserin umuma arz edilip edilmeyeceği, edilecekse bunun zamanını ve tarzını belirlemeyi ve eserin içeriği hakkında bilgi vermeyi eserin herhangi bir şekilde tanıtılması ve böylelikle toplumun eserden haberdar olmasının sağlanmasını kapsadığı ileri sürülmüş-

52, Sayı 2, 2001, s. 109–117; Gökyayla, *Telif Hakkı*, s. 133; Tosun, *Manevi Haklar*, s. 257 vd.

83 Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. <https://fikrimulkiyet.com/mevzuat/bern-anlasmasi/>; İngilizce metni için bkz. <https://www.law.cornell.edu/treaties/berne/E.T.20.09.2023>.

84 FSEK m 14/1 “Bir eserin umuma arz edilip edilmemesini, yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi tayin eder.”

85 Öztan, s. 293; Hirsch, s. 133; Ayiter, s. 115; Tekinalp, s. 166, kn. 12, Yavuz, Alca, Merdivan, Cilt 1, s. 261; Erel, s. 115; Ateş, *Kapsam ve Sınırlandırılma*, s. 132.

86 Öztan, s. 294; Ateş, *Kapsam ve Sınırlandırılma*, s. 132; Yavuz, Alca, Merdivan, s. 261 vd..

tür⁸⁷.

Kanaatimizce umuma arz hakkının düzenlendiği FSEK m.14 hükmü bir bütün olarak yayım sözleşmesi özelinde değerlendirildiğinde eserin umuma arz kararının alınması, umuma arz fiillerinin gerçekleşmesinin planlanması ve zamanının belirlenmesini kapsadığı görülmektedir. Her ne kadar umuma arz yetkisi başlığı altında düzenlense de yayım sözleşmesi bakımından “*eserin içeriği hakkında bilgi verme ve eseri tanıtmaya hakkının*”⁸⁸, umuma arzdan farklı bir başka manevi hak olduğu düşünülmektedir. Zira FSEK m.14/2 hükmü ile bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş yani umuma arz edilmemiş olan eser içeriği hakkında bilgi vermenin eser sahibine ait bir hak olarak düzenlendiği görülmektedir.

Doktrinde de eserin içeriği hakkında bilgi vermenin eserin umuma arzından önce gerçekleşen ve eserin umuma tanıtılmasını amaçlayan bir fiil olarak umuma arzdan daha dar kapsamlı olduğu ifade edilmiştir⁸⁹.

Umuma arz, eseri meydana getiren kişinin iradesine uygun olarak alenileşmesidir ve yalnızca bir kez yapılabilir.⁹⁰ Umuma arz eser sahibinin rızası olmaksızın gerçekleşirse eser umuma arz edilmiş olur ancak alenileşmiş sayılmaz⁹¹. Bu bakımdan doktrinde eser sahibinin ilk izinsiz umuma arz bakımından korunduğu bunu takip eden izinsiz umuma arz fiillerinin korumanın kapsamı dışında olduğu fikri savunulmuştur⁹². Yargıtay’ın görüşü umuma arz hakkının sunumla sona ermediği izinsiz her yeni umuma arzın sunumla bu hakkın kullanılabilir olduğu yönündedir.⁹³

87 Tekinalp, s. 167, kn. 14; Hayri Bozgeyik, “*Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Mimari Eserlerin Korunması*”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 135; Bozbel, s. 101, Ateş, “*Kapsam ve Sınırlandırılma*”, s. 125.

88 Giritlioğlu, *Yayım Sözleşmesi*, s. 50; Yılmaz, s. 152, Yazarlar eserin tanıtılması hakkının manevi haklardan sayılması gerektiğine işaret etmekle birlikte, kategorik olarak umuma arz hakkı ile eserin tanıtılması hakkının birbirinden ayrı manevi haklar olup olmadığı hususunda bir saptamada bulunmamışlardır.

89 Erel, s. 140

90 Hirsch, s. 133; Tekinalp, s. 165; Ateş, *Kapsam ve Sınırlandırılma*, s. 132; Erdil, s. 432

91 Tekinalp, s. 165, Bayındır, s. 310.

92 Tekinalp, s. 164; Ateş, *Kapsam ve Sınırlandırılma*, s. 132.

93 Yargıtay HGK. 2018/998. 2019/373T. 28.3.2019; “Her ne kadar kural olarak eserin kamuya sunulması, bir defalık hukuki eylem ise de bu yolla eserin alenileşmesi sağlanmakta ve eser, fikri mülkiyet hukukunun koruma konusu hâline gelmektedir. Eser sahibine özgü manevi hak ve yetkilerin sağlanmasındaki amaç da fikri yaratıcılığın daha güçlü bir şekilde korunması ve cesaretlendirilmesidir. Bu bakımdan FSEK 14/1. maddesinde belirtilen eser sahibinin kamuya sunma hakkı, eser alenileştikten sonra da devam eder ve izinsiz çoğaltma, yayma gibi her türlü mali haklara tecavüz oluşturan eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde eser sahibine, ihlal edilen mali hakların yanında, manevi hak tazminatı talep etme yetkisi de verir. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olaya gelindiğinde, davacının hak sahibi olduğu işleme

Umuma arz kavramı ile mali haklardan olan umuma iletim kavramları farklı şeyleri ifade etmektedir. Şöyle ki umuma iletim, yaymada olduğu gibi umuma arz bakımından sadece bir yöntemdir. Umuma iletim hakkı ve yayma hakkında üçüncü kişilerin eserden yararlanması söz konusuysen, umuma arzda üçüncü kişilerin eserle ilgili bilgilendirilmesi durumunun söz konusu olacağı ifade edilmiştir.⁹⁴

Eser sahibi umuma arzı kendisi gerçekleştirebileceği gibi hakkın kullanım yetkisini devrederek üçüncü bir kişiyi de yetkilendirebilir. Bununla birlikte eser sahibi söz konusu yetkilendirmeye rağmen üçüncü kişiyi umuma arza zorlayamaz. Bu bağlamda umuma arz hakkının üçüncü kişilere yöneltilebilecek pozitif bir yetkiyi içermediği belirtilmiştir. Umuma arz hakkının kullanım yetkisinin devredilmesine karşın üçüncü kişinin bu yetkiyi kullanmaması halinde eser sahibi FSEK m. 58'deki kayma hakkını kullanabilecektir.⁹⁵

Umuma arz ile birlikte eser alenileşmekte, böylece eser fikir ve sanat eserleri hukuku bağlamında korunmaya başlamaktadır. Umuma arz ile birlikte eser sahibinin mali haklardan yararlanabileceği belirtilmiştir.⁹⁶

Umuma arz hakkı, arzın gerçekleşme zaman ve biçiminin belirlenmesini de kapsadığı için, eser sahibinin belirlediğinden başka bir zamanda ya da tarzda eserin kamuya paylaşılması halinde de umuma arz hakkı ihlal edilecektir. Örneğin bir kitabın belirli bir ayda piyasaya sunulması ya da kapağının şekli ya da piyasaya sunulmasının ne şekilde gerçekleştirileceği, umuma arz hakkı kapsamında eser sahibi tarafından belirlenebilecektir.⁹⁷

Doktrinde “umuma arz” kavramının yanında “umuma arz teşebbüsü” olarak adlandırılan bir kavramdan da bahsedilmektedir. Buna göre örneğin “eserin basım için yayınevine yollanması, heykelin dökümcüye gönderilmesi, resimlerin çerçeveciye götürülmesi, eserin editöre verilmesi” umuma arz olarak nitelendirilebilecek eylemler olmayıp ancak umuma arz teşebbüsü olarak tanımlanabilecektir.⁹⁸

eserin davalılarca izinsiz olarak promosyon olarak dağıtıldığından ve eser sahibinin 5846 sayılı FSEK'nin 14. maddesi uyarınca eserini yayınlama zamanını tayin hakkının bulunmasına, eserin daha önceden kamuya arz edilmiş olmasının bu hakkın tüketildiği sonucunu doğurmasına göre eserin her izinsiz kullanımında manevi tazminat hakkının bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.01.10.2023.

94 Abdullah Çelik, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali-İhlalin Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 53.

95 Bkz. Öztan, s. 294; Yavuz, Alica, Merdivan, Cilt 1, s. 267.

96 İlhami Güneş, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 180, Ateş, *Kapsam ve Sınırlandırılma*, s. 132, 158; Tekinalp, s. 165.

97 Tosun, *Manevi Haklar*, s. 101.

98 Tekinalp, s. 165.

Doktrinde umuma arz yetkisinin manevi hakların devredilemeyeceği kuralına adeta bir istisna oluşturduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre çoğaltma ve yayma hakkına dair bir tasarruf işlemi eserin, aynı zamanda piyasaya sürülmesini zorunlu hale getirdiği için bu durum umuma arz yetkisinin yayımcı tarafından kullanılması anlamına gelmektedir.⁹⁹ Bu görüşe paralel bir görüş ise eser sahibi mali haklarını bir başkasına devrettiğinde, bu hakların kullanılması umuma arz yetkisinin de kullanılmasını gerektiriyorsa mali haklarla birlikte bu yetkinin de devredilmiş olduğunun kabul edileceği yönündedir. Zira mali hak olan eseri yayma hakkını devralan yayımcının bu hakkı kullanabilmesi için manevi hak olan eserin umuma arz hakkını kullanma yetkisinin de kendisinde bulunması gerekir.¹⁰⁰ Bir başka görüş eser sahibinin, bir manevi hak olan eseri umuma arz hakkını bir başkasına devredemeyeceği ancak eserin yayınlanmasını üçüncü kişiye bırakabileceği, umuma arz hakkının icra edilmesiyle eserin umuma arzının birbirinden ayırt edilmesi gerektiğini umuma arz hakkının kullanılmasının umuma arz edilip edilmemeye karar vermek olduğu yönündedir.¹⁰¹

Kanaatimizce eserini umuma arz etmeye karar vermiş olan yayımlatan yayımcı ile yaptığı sözleşme tarihi itibarıyla umuma arz yetkisini kullanmış sayılacak ve devrettiği mali hakları olan çoğaltma ve yayma hakları yayımcı tarafından kullanılabilir. Devredilen mali haklar olan çoğaltma ve yayma hakları kullanılan umuma arzın gerçekleşme vasıtasıdır. Aksi takdirde yayımcının devraldığı mali hakları kullanamaması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu durumda yayımlatan sözleşmenin imza tarihi itibarıyla manevi hakkı olan umuma arz hakkını bizatihi kendisi kullanmış, bu hakkın kullanımı ile birlikte yayımcı sözleşme ile devraldığı mali hakları kullanma olanağına sahip kılınmıştır.

Doktrinde ayrıca mali hakları devreden eser sahibinin umuma arz hakkını saklı tutabileceği de belirtilmiştir¹⁰². Ancak kanaatimizce yayım sözleşmesi bakımından bu görüşün uygun olmayacağı söylenebilir. Zira yayımlatan eserini umuma arz etmeye karar verdiği için yayımcı ile sözleşme imzalamıştır.

99 Gökyayla, *Yayım Sözleşmesinin Konusu*, s. 1140.

100 Ayiter, s. 112, 115; Arslanlı, s. 81; Öztrak, s. 54; Yarsuvat, s. 117; Tekinalp, s. 153; Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, s. 295-296, Erel, s. 135, 137; Ateş, *Yayım Sözleşmesi*, s. 57.

101 Cüneyt Bellican, *Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2008, s. 50.

102 Tekinalp s. 166, kn. 11; Yavuz, Alca, Merdivan, *Cilt 1*, s. 271; Öztan, s. 296.

3. Eser İçeriği Hakkında Bilgi Verme ve Eseri Tanıtma Yönünden Yayımcı Zararına Tasarrufta Bulunmama Borcu

Yayımlananın eserinin içeriği hakkında bilgi vermesinin hangi ölçülerde yayımcının zararına tasarrufta bulunmama borcu kapsamına gireceğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Dürüstlük kuralı gereği yayımlananın eserini sürümünü olumsuz yönde etkileyecek davranışlardan kaçınmalıdır. Bu bağlamda bir eserin yayım sözleşmesi ile yayımlatma hakkını devrinden sonra ancak eser yayımlanmadan önce eser sahibi yayımlananın sosyal medya, televizyon kanalları veya kamuya açık çeşitli sempozyum ve konferanslarda eserinin içeriği hakkında bilgi vermesinin yayımcının sürümünü azaltıcı bir faaliyet olarak tasarrufta bulunmama borcuna aykırılık oluşturup oluşturmayacağı doktrinde tartışılmıştır.

Tekinalp, tasarrufta bulunmama yükümlülüğünün eser sahibinin eserini açıklamasına engel olmadığı, aksi takdirde yazarın manevi hakkının ihlal edilmiş olacağını belirtmiştir.¹⁰³ Bu bağlamda yayımlananın özellikle bilimsel eserler bakımından eserin yayınlanmasından önce eseri hakkında bir konferans vererek veya sempozyumlarda eser hakkında bilgi vererek kamuyu aydınlatmasının yayımcının zararına tasarrufta bulunmama borcuna aykırı olmayacağı ileri sürülmüştür¹⁰⁴. Giritlioğlu, yayımlananın yayımcının izni olmaksızın eserin belli başlı özü hakkında bilgi verebilmesinin her ne kadar bu hak manevi haklara dahil olsa da dürüstlük kuralına aykırı olmaması ve eseri çekici olmaktan çıkarmaması şartlarıyla mümkün olabileceğini ileri sürmüştür¹⁰⁵. Yılmaz da Giritlioğlu'nun görüşünü benimseyerek yayımlananın manevi hakkı ile yayım sözleşmesinden doğan kaçınma borcunun karşı karşıya geldiğini, eser sahibinin kaçınma borcunun, sözleşmeden doğan borçlandırıcı bir yüküm olarak yayımlatanda kalan yetkiler ile karşılaştırıldığında, daha kapsamlı bir borçlandırıcı etkiye sahip olduğunu, eseri hakkında bilgi vermenin, eser sahibinin manevi hakları arasında yer aldığı için yayımcının yayımlatma hakkını ihlal etmeyeceği ancak, eser sahibinin bu hakkını dürüstlük kuralına aykırı olarak, yayımcının beklediği yararı zedeleyecek şekilde kullanmasının, kaçınma borcuna aykırılık oluşturacağını ifade etmiştir¹⁰⁶.

Eser içeriği hakkında bilgi vermenin eser hakkında izah, eleştiri ve alıntıya meydan vermeyecek şekilde olması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰⁷. Eser sahibinin

103 Tekinalp, s. 256.

104 Franko, s. 118.

105 Giritlioğlu, *Yayımlanma Sözleşmesi*, s. 50.

106 Yılmaz, s. 152.

107 Ayiter, s. 118; Erel, s. 118.

yayımcıya tanıdığı mali hak sebebiyle eserin umuma arz yetkisini de devrettiği durumlarda ondan daha dar kapsamlı olan içerik hakkında bilgi verme yetkisini de devretmiş sayılacağı ileri sürülmüştür¹⁰⁸.

FSEK m.14/2 “*Bütünü veya esash bir kısmı alenileşmemiş olan yahut ana hatları herhangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir eserin muhtevası hakkında ancak o eserin sahibi malumat verebilir.*” şeklinde kaleme alınmıştır. Bu minvalde henüz alenileşmemiş yani umuma arz yetkisi kullanılmamış olan eserlerin içeriği hakkında bilgi verme yetkisi sadece hak sahibi olan yazara tanınmıştır.

Yarsuvat, umuma arz etme hakkını, “*eseri kamuoyuna sunma hakkı*” başlığı altında incelerken, eserin sahibinden başkası, yardımcı, matbaacı vs. gibi kimselerin eseri açıklayamayacakları alt başlığı altında, henüz açıklanmamış bir eser hakkında kamuya bilgi vermek yetkisinin münhasıran eser sahibine ait olduğunu; aksine hareket edenlerin FSEK m.14/1 hükmüne aykırı davranmış; bir sırrı ifşa etmiş olacaklarını belirtmektedir.¹⁰⁹ Hak sahibi eserini umuma arz etmeden veya etmeye karar vermeden bu hakkın başkaları tarafından kullanılmasının önüne geçilmek istenilmiştir.

Yayımla sözleşmesinin imzalanmasından sonra fakat eserin yayımlanmasından önce yayımlananın eserinin içeriği hakkında bilgi vermesinin her koşulda eserin sürümünü azaltabileceğini söylemek mümkün değildir. İçerik hakkında bilgi vermede ne kadar detaya inildiği, bu detaylı anlatımların eserin tamamı veya tamamına yakınının anlatılıp anlatılmamasına göre durum değişecektir. Bu konuda eser türleri dikkate alınarak ve eser sahiplerinin kendine özgü somut koşulları çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Her eser, sahibinin adı ile birlikte anılır. Eser sahibinin tanınmışlığının da eser sürümüne etkisi olacağı düşünülmelidir. Bazı durumlarda eser sahibinin eseri hakkında gerek geleneksel medya gerekse dijital mecralarda ya da konferans ve sempozyumlarda bilgi vermesi eserin sürümünü arttırabilir. Bu durum daha ziyade bilimsel eserler bakımından geçerlidir. Ayrıca bilimsel eser yazarının uzmanlığı nedeniyle çeşitli platformlarda eseri hakkında bilgi vermesi kamuoyunun da yararına olabilecek bir durumdur. Ancak eser içeriği hakkında bilgi verilmesi eserin neredeyse tamamını¹¹⁰ anlatacak şekilde çok detaya inilmesi şeklinde gerçekleşirse bu durumda eserin sürümünün azaltılması tehlikesinden söz edilebilir.

108 Ayiter, s. 118.

109 Yarsuvat, s. 118.

110 Eserin bütünü sahibinin de özelliğini belirleyecek şekilde açıklanmışsa artık eserin umuma arz yetkisinin sona ereceği doktrinde ileri sürülmüştür. Bkz. Erel, s. 118; Arslanlı, s. 81.

Yayım sözleşmesi imzalandıktan sonra edebiyat eserleri bakımından eser içeriği hakkında bilgi verilmesi ise şartlara bağlı olarak eser sürümünü azaltıcı bir etki doğurabilir. Zira edebiyat eserleri kurgu, karakter ve sonuç bakımından okuyucunun merak ve ilgisini cezbedecek eserlerdir. Okuyucu bir romanın ya da hikâyenin nasıl sonuca bağlandığını eserin yayımından önce yazarından öğrenirse eseri edinmek istemeyebilir. Bu tür eserlerde yoruma müsait olabilecek şekilde detay bilgi verilmesi eserin sürümünü olumsuz yönde etkileyerek yayımcının zararına yol açabilir. Bu nedenle de bu eserler hakkında yazarı tarafından hangi platformda olursa olsun detaylı bilgi verilmesi yayımcının zararına tasarrufta bulunmama borcuna aykırılık oluşturacaktır.

IV. Yayınlananın Yayımcı Zararına Tasarrufta Bulunmama Borcunun İstisnaları

A. Süreli Yayınlarda Yer Alan Kısa Yazılar

TBK m.490/2 hükmüne göre süreli yayınlarda¹¹¹ yer alan kısa yazılar, yayımlanan tarafından her zaman başka yerde de yayımlanabilir. TBK m.490/II hükmünde, 818 sayılı mülga B.K m. 374/2 hükmünden farklı olarak artık gazete ve dergi ayrımı bulunmadığı için hem gazete hem de dergide yer alan yazıların kısa yazılar olması, tasarrufta bulunmama borcunun istisnası sayılmak için yeterlidir.

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu yürürlükte iken, süreli yayınlarda başka bir deyişle gazetelerde ve dönemli dergilerde yayımlanana ait kısa makalelerin gazete ve dergi yayıncısına mutlak bir yayımlatma hakkı bahşetmediği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, yayımlananın bu nitelikteki yazılarını her zaman serbestçe başka bir yerde yayımlayabilme veya yayımlatabilme hakkına sahip olduğu öne sürülmüştür.¹¹²

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu m.374/2 hükmü “*Gazete makaleleri ve mevcut bir risalede neşredilmiş kısa makaleler, müellif veya halefleri tarafından daima başka bir yerde neşredilebilir.*” şeklinde olup hükümde “kısa makale” tabiri kullanılmıştır. Makale, bilim, fen konularıyla siyasi, ekonomik ve toplumsal konuları açıklayıcı veya yorumlayıcı niteliği olan gazete veya dergi yazısı olarak tanımlanmaktadır¹¹³. Bir başka tanıma¹¹⁴ göre makale herhangi

111 5187 sayılı Basın Kanunu 2/C maddesinde süreli yayın belli aralıklarla yayımlanan gazete ve dergi gibi basılmış eserlerle, haber ajansları yayınlarını ve internet haber sitelerini ifade etmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu yayım sözleşmesini düzenleyen hükümlerinde süreli yayın ifadesi kullanılmamıştır.

112 Uygur, s. 2261-2262; Yılmaz, s. 156.

113 TDK Sözlüğü için bkz. <https://sozluk.gov.tr/>

114 Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Anasayfa>.

bir konuda, bir görüşü, bir düşünceyi savunmak ve kanıtlamak için yazılan yazılara denir. Makaleler gazete ve dergilerde yayımlanır. Makalelerde bilimsel verilerden yararlanır. TBK m.490 hükmünde 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 374/2 hükmünden farklı olarak “makale” ibaresi kullanılmamış onun yerine “*sürelî yayınlarda yer alan kısa yazı*” tabiri kullanılmıştır. Yukarıdaki tanımlar dikkate alındığında her yazının makale olarak değerlendirilemeyeceği görülmektedir. Bu bağlamda kanun koyucunun bilinçli bir tercih olarak “*sürelî yayınlarda yer alan kısa yazı*” tabirini kullandığı anlaşılmaktadır.

Yasa metninde kısa yazı tabiri ile ne kastedildiği açıklanmamıştır. Doktrinde de kısa yazı değerlendirmesi yapılırken yazının hacminden çok niteliğine göre karar verilmesi gerektiği, günlük vakıalara ilişkin hiçbir kalıcılığı bulunmayan sıradan, herkesin kolaylıkla yazabileceği türden yazıların kısa addedilmesi, az çok kalıcılığı bulunan yazıların ise uzun yazı olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁵.

Bu bağlamda çeşitli gazete ve dergilerde yer alan hacmen kısa ve tamamen yoruma dayalı güncel-magazinel ve haber niteliği taşıyan yazıların bu kapsamda olduğu düşünülmektedir. Bununla birlikte yorumdan çok bilgi verme amaçlı, bilimsel veya edebi değer taşıyan makale niteliğindeki yazıların kısa yazı olarak değerlendirilemeyeceği düşünülmektedir.

B. Toplama Bir Eserin Kendisine Ait Bölümleri ve Dergilerde Çıkan Uzun Yazılar

TBK m.490/3 hükmü “*Yayımlatan, toplama¹¹⁶ bir eserin kendisine ait bölümlerini veya dergilerde çıkan uzun yazılarını, yayımın bitmesinden başlayarak üç ay geçmedikçe yeniden yayımlatamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Dergilerdeki uzun yazılar ve toplama eserlerin yayımlatan tarafından yeniden yayımlatılabilmesi için kanun koyucu bir süre öngörmüştür. Bu süre, yayım tarihinden itibaren başlayacak olan üç aylık süredir. Üç aylık bu sürenin bitmesinden itibaren yayımlatan kaçınma borcunun bu istisnasından yararlanabilecektir.

TBK m.490/3 hükmünün gerekçesinde toplama eser için ünlü kişilerin hâtırasına yayımlanan armağanlar, belirli konuları değişik yazarlar tarafından kaleme alınan yazılarla oluşturulan bir ansiklopedinin çeşitli ciltleri veya fa-

115 Ateş, *Yayım Sözleşmesi*, s. 59; Giritlioğlu, *Yayım Sözleşmesi* s. 51; Cumahoglu, s. 148.

116 818 sayılı mülga B.K m. 373/3 hükmünde toplama eser tabiri yerine “müşterek eser” tabiri yer almakta idi. EBK m. 374/II’de yer alan “müşterek eser” tabiri yerine “toplama eser” tabirinin kullanılmasının yerinde bir düzenleme olduğu, müşterek eserde eser sahipleri arasındaki bağ toplama eserdeki bağdan daha kuvvetli olduğu gibi toplama eserde eser sahipleri arasında birlikte bir eser meydana getirme iradesinin de bulunmadığı hakkında bkz. Yavuz vd., s. 1134, dn. 84.

siküllerinin örnek olarak gösterilebileceği belirtilmiştir. Bu anlamda toplama eser periyodik olarak yayımlanmayan eserdir.

Dergi niteliğinde basılan eserlerin en önemli özelliği günlük tüketime hitap etmemesidir. Bu nedenle dergiyi gazeteden ayırırken ismine değil içeriğine bakmak gerekir¹¹⁷. Dergilerde çıkan uzun yazıların niteliğine ilişkin yasa metninde bir açıklık bulunmamaktadır.

Belli bir kalıcılığı bulunan bu türdeki yazılara okuyucuların sonradan da erişmek için bir nüsha edinmek isteyebilecekleri düşünülerek söz konusu hüküm sevk edilmiştir.¹¹⁸

FSEK m.6/7 hükmü “*İşlenmeler ve Derlenmeler*” başlığı altında toplama eseri “*belli bir maksada göre ve hususi bir plan dâhilinde seçme ve toplama eserler tertibi*” olarak tanımlamıştır. Doktrinde toplama eserlerin özelliği; eserin dış şeklinde bir değişme olması değil, fikrî ürünlerin maksatla bir araya toplanması olarak açıklanmıştır¹¹⁹. Toplama eserler çeşitli yazarlara ait eserlerin bir bütünlük içerisinde bir araya getirilmesiyle oluşturulur¹²⁰.

Toplama eserdeki hak sahipliği ile “iştirak hâlinde eser sahipliği” durumu birbirinden farklıdır. İştirak hâlinde eser sahipliğinde eser sahipleri tek ve bütünlük arz eden bir eser oluştururlar. Eser sahiplerinin esere olan katkılarını ve paylarını birbirinden ayırlamaz¹²¹.

“*Dergilerde çıkan uzun yazılar ve toplama bir eserin kendisine ait bölümleri*” hakkında kural olarak taraflar arasında yayım sözleşmesi kurulduğu kabul edilmektedir. Yayımcı veya kendisinin temsilcisi olarak editör, söz konusu bölümlerin toplanarak bir toplama eserin veya dergilerdeki uzun yazıların oluşmasını sağlamış veya sadece bu yöndeki teklifi kabul etmişse, o zaman bu eseri umuma arz etmekle yükümlü hale gelecektir. Yayımcı veya editör, bunu teamül uyarınca olması gereken zaman dilimi içinde gerçekleştirmelidir¹²².

Sonuç

TBK m.490/1 hükmü yayım sözleşmelerinde yayımlatana yayımcı zararına tasarrufta bulunmama borcunu yüklemiştir. Bu minvalde yayımlatan asli edim borcu olan çoğaltma ve yayma haklarını devretme borcunun yanı sıra yayımcı

117 Tunçomağ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 1141; Olgaç, *Şerh*, s. 42 dn. 1.

118 Cumaloğlu s. 149.

119 Ayiter, s. 70; Cumaloğlu, s. 75.

120 Arslanlı, s. 35.

121 Öztan, s. 177.

122 Yılmaz, s. 158.

zararına herhangi bir davranışta bulunmaktan kaçınma borcu altındadır.

Yayımlatanın sözleşme ile devrettiği mali hakları bizzat kendisinin kullanması örneğin eserin belli bir kısmını ya da tamamını çoğaltarak yayımlaması ya da başka bir yayımcı ile daha sözleşme imzalaması yayımcının zararına yönelik bir tasarruf olduğu için doğrudan yasak kapsamındadır. Yayımcının zararına tasarrufta bulunmama borcunun kapsamına yayım sözleşmesine konu olan eserin benzerini oluşturarak yayımcı ile rekabet oluşturacak şekilde kendisine avantaj sağlama durumu da girmektedir.

Yayım sözleşmesinin konusunu her ne kadar mali haklardan sadece çoğaltma ve yayma hakkı oluştursa da yayımcının zararına tasarrufta bulunmama borcunun kapsamını belirlerken konuyu sadece sözleşme kapsamında devredilen mali haklar yönünden ele almak bu alandaki uygulamalar ile bağdaşmamaktadır. Yayım sözleşmesinin imzalanmasını müteakiben yayımlatanın, yayımcıya devretmediği umuma iletim, temsil ve işleme haklarını hangi ölçülerde kullanması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması yayımcı zararına tasarrufta bulunmama borcunun kapsamını belirlemektedir. Ayrıca teknolojik ilerleme ve gelişmelere bağlı olarak yayımcıya sözleşme kapsamında devredilmeyen ve yayımlatanın uhdesinde kalan umuma iletim gibi mali hakların kullanımında uygulamada çeşitli sorunlar çıkabilmektedir. Bununla birlikte yayımlatana ait umuma arz ve eser tanıtımına yönelik manevi hakların kullanılmasında da yayımcının zarar görmemesi açısından çözümler üretilmesi gerekmektedir.

Yayımlatanın mali hakları arasında yer alan umuma iletim hakkı her ne kadar eser sahibine bahşedilmiş mutlak bir hak olsa da yayım sözleşmesinin imzalanmasından hemen sonra yayımlatan tarafından bu hakkın ayrıca kullanılmak istenmesi durumunda yayımcının zarar görme ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır. Yayım sözleşmesinden kaynaklı olarak yayımlatan TBK m.490/1 hükmü ile yayımcının zararına tasarruf etmeme borcu altındadır. Bu yükümlülük ile yayımcının zararına olabilecek şekildeki yayımlatanın her tür tasarrufu kısıtlanmaktadır. Bunun yanı sıra yayımcının sözleşme ile devraldığı mutlak hak olan yayımlatma hakkı bakımından ise, yayımlatan “üçüncü kişi” konumunda olduğu için mali hak ihlalinde bulunan kişi olarak konumlanacak ve yayımcının sahip olduğu mali hakları ihlal etmeme yükümlülüğü altında olacaktır. Yayımlatanın mutlak hakkı olan umuma iletim hakkı da bu çerçevede sözleşmenin amaçsal yorumu ile birlikte değerlendirildiğinde hakkın kötüye kullanımı yasasına tabi olabilecektir.

Yayımlatanın yayım sözleşmesi ile devretmediği haklardan biri olan temsil hakkını da zamanlama bakımından yayım sözleşmesi imzalanmasının hemen sonrasında kullanmak istemesi durumunda çeşitli uygulama sorunları-

nın yaşanması muhtemeldir. Örneğin bir şairin şiirlerini yayımlaması için bir yayımcı ile yayım sözleşmesi imzalanması sonrasında henüz şiirleri çoğaltılıp piyasaya sürülmeden ya da şiirlerinin piyasaya sürüldüğü tarih ile aynı veya çok yakın tarihlerde belli şehirlerde şiir dinletileri düzenleyerek kendi şiirlerini okuması yayımcının zararına bir tasarruf olarak değerlendirilebilir. Zira her ne kadar eserini temsil hakkı bir mutlak hak olarak yayımlatanın uhdesinde bulunmakta ise de yayımlatanın bu hakkını kullanma zamanlamasına dikkat etmesi gerekecektir.

Yayımcıya devredilen mali haklar dışında yayımlatanın uhdesinde kalan temsil ve umuma iletim haklarının kullanılmasına ilişkin hükümlerin yayım sözleşmelerinde yer alması yayımcının menfaatine olacaktır. Yayım sözleşmelerinde, en azından yayımlatanın bu haklarını kullanma zamanlamasına yönelik hükümlerin yer alması bile yayımcının korunması bakımından yeterli olabilecektir.

Yayım sözleşmesinin imzalanmasından sonra eser sahibi yayımlatanın başka bir mutlak hakkı olan işleme hakkını bir başkasına bırakma durumunda ise farklı bir durum söz konusudur. Edebi eser türünün okuyucu kitlesi ile sinema eserinin izleyici kitlesinin tam olarak örtüşmediği de dikkate alındığında sinema eserlerinin kurgu itibarıyla edebi eserden farklılaştığı ve bağımsız bir eser tipi hüviyetine büründüğü kabul edilerek bu durumun yayımcının zararına bir tasarruf olarak değerlendirilmemesi gerektiği düşünülmektedir.

Kanaatimizce eserini umuma arz etmeye karar vermiş olan yayımlatan yayımcı ile yaptığı sözleşme tarihi itibarıyla umuma arz yetkisini kullanmış sayılacak ve devrettiği mali hakları olan çoğaltma ve yayma hakları yayımcı tarafından kullanılabilir. Devredilen mali haklar olan çoğaltma ve yayma kullanılan umuma arzın gerçekleşme vasıtasıdır.

Eser sahibin manevi haklarından biri olan eserinin içeriği hakkında bilgi vermenin her halükarda eserin sürümünü azaltabileceğini söylemek doğru değildir. İçerik hakkında bilgi vermede ne kadar detaya inildiği, bu detaylı anlatımların eserin tamamı veya tamamına yakınının anlatılıp anlatılmamasına göre değişecektir. Bu konuda eser türleri dikkate alınarak ve eser sahibi yayımlatanların kendine özgü somut koşulları çerçevesinde bir değerlendirme yapılması daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Bilimsel eser içeriği hakkında yayımlatan tarafından bilgi verilmesi eserin neredeyse tamamını anlatacak şekilde çok detaya inilmesi şeklinde gerçekleşirse eserin sürümünün azaltılması tehlikesinden söz edilebilir.

Yayım sözleşmesi imzalandıktan sonra edebiyat eserleri bakımından eser içeriği hakkında bilgi verilmesi ise şartlara bağlı olarak eser sürümünü azaltıcı

bir etki doğurabilir. Okuyucu bir nasıl sonuçlandığını eserin yayımından önce yazarından öğrenirse eseri edinmek istemeyebilir. Bu tür eserlerde kamuoyunun yorum yapmasına olanak sağlayacak şekilde detaya inilmesi potansiyel olarak yayımcının zararına yol açabilir.

KAYNAKLAR

- Açıkgöz, Ahunur, *İnternette İndirilen Dijital Eserlerde Yayma Hakkının Tükenmesi İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Aksu, Mustafa, “Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, Cilt 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Altaş, Hüseyin, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK 1-7)*, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Ardemir, Arzu G., *Türk Hukukunda Eser Sahiplerinin Çoğaltma ve Yayma Hakları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003.
- Arpacı, Abdülkadir; Hatemi, Hüseyin; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku-Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Arslanlı, M.Halil, *Fikri Hukuk Dersleri II -Fikir ve Sanat Eserleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1954.
- Ataay, AYTEKİN, *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- Ateş, Mustafa, *Yayın Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2023.
- Ateş, Mustafa, “Sahibi Ölen Fikir ve Sanat Eseri Üzerindeki Mali Hakların Mirasçılara İntikali”, *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, Ankara, 2020.
- Ateş, Mustafa, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Ayan, Mehmet *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Ayan, Mehmet; Ayan, Nurşen, *Medeni Hukuka Giriş*, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Ayiter, Nuşin, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972.
- Ayiter, Kudret “*Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri*”, AÜSBF Yayınevi, 1953.
- Bainbridge, David I., *Intellectual Property*, 8. Baskı, Pearson, London, 2010.
- Bayındır, Sinan “Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 113, Ankara, 2014.
- Bellican, Cüneyt, *Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2008.
- Bilge, Necip, *Borçlar Hukuku-Özel Borç Münasebetleri*, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER) Yayınları, Ankara, 1971.
- Bozgeyik, Hayri, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Mimari Eserlerin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Bozbel, Savaş, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 12. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Buz, Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara, 2005.
- Cumalioğlu, Emre, *Yayın Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

- Cumaloğlu, Emre; Erverdi, Zeynep, “Türk Borçlar Kanunu’nun Yayım Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ile Yapılan Değişiklikler ve Getirilen Yenilikler”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, İstanbul 2013.
- Çelik, Abdullah, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali – İhlalin Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Dural, Mustafa, “Akitten Doğan Yapmama Borçları”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 4, Sayı 6, 1970, s. 7-22.
- Ercan, Cannur, “Fikri Hak Kavramı ve Eser Sahibinin Manevi Haklarının Genel Anlamda Kişilik Hakkıyla İlişkisi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 46, 2021.
- Ercoskun, Kübra Şenol “Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, Ankara, 2013.
- Erdil, Engin, *İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi*, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Erdil, Engin, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- Erel, Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Ertaş, Şeref; Gökyayla, K. Emre, “Mimari Projeler Üzerindeki Telif Hakkı”, *Prof. Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000, s. 411.*
- Franko, Nisim, *Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri (B.K. 373-381)*, AİTİA Yayınları, Ankara, 1981.
- Ginsburg, Jane G, “The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law”, *De-Paul Law Review*, Cilt 52, 2003.
- Giritlioğlu, Necla, *Yayın Sözleşmesi*, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1253, Hukuk Fakültesi No: 269, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967.
- Giritlioğlu, Necla, *Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolaylı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması*, İstanbul, 1989.
- Gökyayla, K. Emre, “Yayım Sözleşmesinin Konusu”, *Cevdet Yavuz’a Armağan*, İstanbul, 2011.
- Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Gökyayla, K. Emre, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- Güneş, İlhami, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Hamamcıoğlu-Vardar, Gülşah, *Medeni Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Hirsch, Ernest, *Hukuki Bakımdan Fikri Say*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Cilt 2, İstanbul, 1943.
- Kılıçoğlu, Ahmet, “Telif Hakkı ve Yayın Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, Ankara, 2001.

- Kılıçoğlu, Ahmet, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Levin, Martin P, “The Contemporary Guide to Negotiating the Author-Publisher Contract”, *N.Y.L. School Review*, Cilt 54, Sayı 447, 2009-2010.
- Memiş, Tekin, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.
- Molina, J. Carlos Ferna´ ndez; Peis, Eduardo “The Moral Rights of Authors in the Age of Digital Information”, *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, Cilt 52, Sayı 2, 2001.
- Oğuzman, Kemal; Barlas, Nami, *Medeni Hukuk, Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar*, İstanbul 2011.
- Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, Genişletilmiş 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Olgaç, Senai, *Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu Şerhi*, Cilt 4, Emel Matbaacılık, Ankara, 1976.
- Öztan, Fırat *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Ankara, 2008.
- Öztrak, İlhan, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, AÜSBF Yayınevi, Ankara 1971.
- Saymen, Ferit, *Türk Medeni Hukuku*, Cilt 1, İstanbul, 1948.
- Suluk, Cahit; Orhan, Ali, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku*, Cilt 2, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- Suluk, Cahit; Karasu, Rauf; Nal, Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Galip Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop Serpil, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Tosun, Yalçın, *Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Tosun, Yalçın, *Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku Cilt 2 Özel Borç İlişkileri*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977.
- Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler*, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.
- Tüysüz, Mustafa, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Uygur, Turgut, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Von Tuhr, Andreas, *Borçlar Hukuku*, Cilt 1, (Çev.Cevat Edege), Yeni Matbaa, İstanbul, 1952.
- Wilkinson, Margaret Ann; Gerolami, Natasha, *The Author as Agent of Information Policy: the Relationship between Economic and Moral Rights in Copyright*, Western University Law School, Law Publications, 2009.

- Yarsuvat, Duygun, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları*, Genişletilmiş 3.Bası, İÜSBF Yayınları İstanbul, 1984.
- Yavuz, Levent; Alica Türkay; Merdivan, Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, Cilt 1, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Yavuz, Cevdet; Acar, Faruk; Özen, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul, 2014.
- Yılmaz, Canan, *Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarına Göre Yayın (Neşir) Sözleşmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007.
- Zevkliler, Aydın; Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

İnternet Kaynakları

- <https://telifhaklari.ktb.gov.tr/TR-332363/edebiyat-ve-sanat-eserlerinin-korunmasına-iliskin-bern>
- <https://sozluk.gov.tr/>
- <https://tr.wikipedia.org/wiki/Anasayfa>
- www.karararama.yargitay.gov.tr

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Sosyal Güvenlik Hukukunda Sigortalının İşe Gidiş Geliş Sırasında Geçirdiği Kazalar*

Accidents of the Insured During Transportation to and from Work in Social Security Law

Sevil DOĞAN**

ÖZ

Çalışma yaşamında sıklıkla karşılaşılan iş kazaları, sigortalının bedensel ve ruhsal bütünlüğüne zarar vermekte ve hatta ölümüyle sonuçlanabilmektedir. Sigortalının iş kazası geçirmesi durumunda 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında sigortalıya veya geride kalanlara önemli haklar sağlanmaktadır. Haklardan faydalanabilmek için 5510 sayılı Kanun kapsamında sayılan iş kazası hallerinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Kanunun iş kazası olarak kabul ettiği hallerden biri ise, sigortalının işverence sağlanan bir taşıtla işe gidiş geliş esnasında geçirdiği kazalardır. Taşıtın işverence sağlanması ve kazanın işe gidiş-geliş güzergahında gerçekleşmesi Kanunun aradığı koşullar olmakla birlikte Yargıtay kararlarında ilgili koşullar daha esnek uygulanmakta ve iş kazası kavramı genişletilmektedir. Bu bağlamda çalışmamızın kapsam ve sınırı, 5510 sayılı Kanunda düzenlenen ve iş kazası olarak hükme bağlanan, sigortalının işe gidiş geliş esnasında işverence sağlanan taşıtla geçirdiği kazaların Alman hukukundaki benzer düzenleme ile karşılaştırma yapılarak, doktrin ve yargısal içtihatlar çerçevesinde irdelenmesi ve nihayetinde Türk hukukunda ilgili düzenlemenin ne şekilde yapılması konusunda çözüm önerisinde bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İş kazası, iş kazasının unsurları, sosyal güvenlik hukuku, trafik iş kazası, taşıt.

ABSTRACT

Occupational accidents, which are frequently encountered in working life, damage the physical and mental integrity of the insured employee and may even result in death. In the event of an occupational accident, important rights are provided to the insured employee or their survivors under the Social Insurance and General

* Makale gönderim tarihi: 01.10.2023. Makale kabul tarihi: 22.11.2023. Sevil Doğan, "Sosyal Güvenlik Hukukunda Sigortalının İşe Gidiş Geliş Sırasında Geçirdiği Kazalar", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2024, s.123-152, DOI: <https://DOI.org/10.46547/imuhfd.2024.11.1.2>

** Doç. Dr. Sevil Doğan, Manisa Celal Bayar Üniversitesi Salihli İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü, sevilbuyuk@gmail.com; <https://orcid.org/0000-0002-3734-6190>.

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çıkar çatışması bildirmemiştir.

Health Insurance Law No. 5510. In order to benefit from the rights, the cases of occupational accidents listed under Law No. 5510 must be realized. One of the situations that the law accepts as an occupational accident is the accidents that the insured suffers while traveling to and from work in a vehicle provided by the employer. Although the conditions required by the Law are that the vehicle is provided by the employer and the accident occurs on the route to and from work, the relevant conditions are applied more flexibly in the decisions of the Court of Cassation and the concept of work accident is expanded. In this context, the scope and limit of our study is to examine the accidents that are regulated in the Law No. 5510 and ruled as occupational accidents, in which the insured employee has an accident with the vehicle provided by the employer during transportation to and from work, within the framework of doctrine and judicial jurisprudence by making a comparison with the similar regulation in German law, and finally to propose a solution on how to make the relevant regulation in Turkish law.

Keywords: Occupational accident, elements of occupational accident, social security law, traffic accident, vehicle.

Giriş

İşçinin işverenin otoritesi altında iken uğradığı kaza hukukun çeşitli alanlarında birbirinden farklı sonuçlar doğurmaktadır. İşçinin iş kazası geçirmesi halinde işverenin işçiye karşı sözleşmesel ve Kanundan doğan yükümlülüklerin ihlali söz konusu ise iş hukuku ile iş sağlığı ve güvenliği hukuku; işverenin kazanın önlenmesi noktasında ihmali davranışlarının bulunup bulunmadığı ise ceza hukuku alanı ile yakından ilgilidir. İşçinin kazaya uğraması halinde, sosyal güvenlik hukuku çerçevesinde ise işçiye yapılacak yardımlar değerlendirilir. İş kazasının belirtilen hukuk dallarının amaçları doğrultusunda mevzuatlarında iş kazası kavramlarını farklı biçimlerde tanımladığı görülmektedir¹.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu², iş kazası ve meslek hastalığını sigorta kolu olarak belirlediğinden sigortalı iş kazası veya meslek hastalığı riski ile karşı karşıya kaldığında ona güvence sağlamayı hedeflemekte ve bu dönemde sigortalıya yapılacak çeşitli parasal ve sosyal yardımları düzenlemektedir³. Sanayileşme ile birlikte daha fazla karşılaşılan mesleki risklerden olan

1 Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul 2021, s. 402; Ali Nazım Sözer, *İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul, 2023, s. 339; Ayşe Ledün Akdeniz, "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Niteliği", *İÜHF M Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan*, Cilt 72, Sayı 2, 2014, s. 3; Aziz Can Tuncay, "Tüzel Kişi İşverenin İş Kazasından Doğan Cezaî Sorumluluğu", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 145-146, Eylül- Ekim 2016, s. 358-359.

2 RG. T. 16.06.2006 No. 26200.

3 Haluk Hadi Sümer, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Güncellenmiş 2. Bası, Ankara 2021, s. 145.

iş kazası geçiren işçinin korunması ve çeşitli yardımlarla desteklenmesi bu kapsamda oldukça önemlidir⁴. Bu kapsamda sigortalının ilgili yardımlardan faydalanması ise uğradığı kazanın iş kazası olarak nitelendirilmesi halinde ortaya çıkar.

Sosyal güvenlik hukuku sistemlerinde sigortalıların riskle karşılaştığında sosyal yardımlardan faydalanması hedeflendiğinden diğer alanlardan farklı olarak geniş bir iş kazası tanımı karşımıza çıkmaktadır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu iş kazasını 13. maddesinde düzenlemektedir. Anılan düzenlemede hangi hal ve şartlarda meydana gelen kazanın iş kazası sayılacağı belirtilmekte ve sadece işçinin işyerinde geçirdiği kazalar değil, işyeri dışında ve ancak işverenin otoritesi altında olduğu haller de iş kazası olarak kabul edilmektedir. Kanunun 13. maddesinde esas alınan ve iş kazası olarak kabul edilen hallerden biri, “*Sigortalının, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen işçiyi bedenen ve ruhen zarara uğratan olaylardır (m.13/I, (e))*”. Çalışmamız kapsamında 5510 sayılı Kanunun 13. maddesinde düzenlenen sigortalının işe gidiş geliş esnasında geçirdiği kazalar doktrin görüşleri ve yargı kararları ışığında ele alınacak ve Alman hukuku ile karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir.

I. İş Kazası Kavramı

Kaza genel olarak, kişinin iradesi dışında meydana gelen, önceden öngörülmesi ve kaçınılması mümkün olmayan, zarara yol açan olaylardır⁵. Bu haliyle oldukça geniş bir biçimde tanımlanmış olan kaza sosyal güvenlik hukukunda mesleki riskin gerçekleşmesi ile ortaya çıkacağından yapılan kazanın iş ile bağlantılı bir biçimde gerçekleşmesi gerekir. İşçinin iş görme süreci içinde veya işverenin otoritesi altında iken kazaya uğraması iş kazasıdır⁶. Sigortalının iş görme süreci ile bağlantılı olmayan veya işverenin otoritesi altında olmadığı yıllık izin, ücretsiz izin dönemlerinde kazaya uğraması, iş kazası olarak kabul edilemeyecektir⁷. Alman hukukunda ise kaza, sigortalının vücut bütünlüğünü ya da sağlığını dışarıdan etkileyen veya ölümüne yol açan olaylar olarak Alman Sosyal Güvenlik Kanununun VII. Kitabının § 8, (1) de tanımlanmaktadır⁸.

4 Şerafettin Özyürür, Özgür Kocakaya, “5510 sayılı Kanun’un 21/1. Maddesi Uyarınca İş Kazası ve Meslek Hastalığında Kaçınılmazlık İlkesi”, *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, Sayı 41, 2019, s. 62-63.

5 Tuncay, Ekmekçi, s. 406; Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 382; Sümer, s. 145; Tuncay, s. 359; Atanur Karahmetoğlu, “Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İş Kazası Sayılan Haller”, *İş ve Hayat Dergisi*, Sayı 12 2020, s. 70.

6 Tuncay, Ekmekçi, s. 407; Karahmetoğlu, s. 69-70.

7 Tuncay, Ekmekçi, s. 407.

8 Abbo Junker, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 9. neu bearbeitete Baskı, C.H.Beck 2010, Rn. 315; Wolfgang Hromadka, Frank Maschmann, *Arbeitsrecht Band I*, Individualarbeitsrecht, 7. Baskı, Springer 2018, § 9, Rn.10; Philipp Fischinger, Clemens Latzel, Reinhard Richardi, *J. von Staudin-*

5510 sayılı Kanununun 13. maddesinde hangi hallerde kazanın iş kazası olduğu sınırlı bir biçimde sayılmıştır. 13. madde düzenlemesine göre, “İş kazası, a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır.”

İşyerinde işçinin korunması ile iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasını amaçlayan iş sağlığı ve güvenliği hukukunda iş kazası, işçinin vücut bütünlüğünü olumsuz etkilemesi sebebiyle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda ayrıca tanımlanmıştır. Kanununun 3/I, (g). maddesine göre, “İş kazası, işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hale getiren olaydır.” Doktrinde 5510 sayılı Kanuna nazaran anılan düzenlemede daha dar bir tanımlama yapılması eleştirilmekte; aynı kavramı düzenleyen iki farklı Kanun hükmünün çelişki yarattığı ve olması gerekenin 6331 sayılı Kanununun iş kazası tanımlamasında 5510 sayılı Kanununun 13. maddesi hükmüne atıfta bulunması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰. Bir görüş ise, iş kazası gerçekleştiğinde sigortalı ve -bazı durumlarda- aile fertlerine Kurum tarafından mevzuatın belirlediği yardım ve desteklerin yapılabilmesi amacıyla iş kazası kavramı oldukça geniş bir biçimde düzenlendiğini belirtmektedir¹¹.

Alman Sosyal Güvenlik Kanununun VII. kitabının § 8, (1) düzenlemesine göre, iş kazası, sigortalıların § 2, 3 ve 6 kapsamındaki sigortalılık faaliyetleri sebebiyle maruz kaldıkları kazalardır. Sigortalının eylemlerinin amacı, iş kazası nitelendirmesinde belirleyici olduğundan, kazaya yol açan faaliyetin objektif olarak işverene hizmet edip etmediği esasen önem taşımamaktadır. İş kazası nitelendirmesinde önem taşıyan husus, sübjektif olarak sigortalının faaliyetin işverenin çıkarlarına hizmet etmeye uygun olduğu kanaatinde olması aranmaktadır¹². Doktrinde iş kazası düzenlemesinin yoruma açık olduğu belirtilmekte;

gers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Otto Schmidt 2020, § 611a, Rn.1798; Lisa Elling, *Der Wegeunfall, Ein Versicherungsfall der gesetzlichen Unfallversicherung*, Studienarbeit, 2017, s. 5.

9 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, RG. T. 30.06.2012 No. 29339.

10 Güzel, Okur, Caniklioğlu, s. 376-377.

11 Sözer, s. 340.

12 Maximilian Fuchs, Ulrich Preis, *Sozialversicherungsrecht*, Lehrbuch für Studium und Praxis,

iş kazasında kaza anında yürütülen iş ile sigortalının faaliyeti arasında nihai ve olgusal bir bağlantı olduğu ifade edilerek hem yürütülen faaliyet ile kaza olayı arasında hem de kaza olayı ile zarar arasında nedensellik bağı aranmaktadır¹³.

Alman hukukunda iş kazasını tanımlayan düzenlemede dışsallık unsuru vurgulanmaktadır. Bu nedenle sağlığın bozulmasından kaynaklanan içsel nedenler veya kişinin kendisine verdiği zararlar, kaza içinde kabul edilmemektedir¹⁴. Bir kaza zarar gören tarafından kasıtlı olarak meydana getirilmişse kaza kavramının doğasında olayın istem dışı olması aranacağından sigortalı işçinin intihar etmesi¹⁵ örneğinde olduğu gibi iş kazası kabul edilmeyeceği ifade edilmektedir¹⁶. Bununla birlikte dışsallık unsuru tamamen sigortalıdan kaynaklanmayan sebepler olarak kabul edildiğinde işyerinde meydana gelen pek çok eylem dışarıda kalmaktadır. Nitekim Eyalet Mahkemesi, sigortalının işyerinde donmuş ve ağır bir taşı yerinden kaldırmaya çalışırken yaralanmasına yol açan olayın her ne kadar davranışsal olarak bilerek ve isteyerek yapılmış olsa da sonucu itibariyle kasit içermediğini belirterek iş kazası olduğu sonucuna varmıştır¹⁷.

Türk hukuku açısından 5510 sayılı Kanunda getirilen iş kazası tanımı ile birlikte sadece dışsallık unsurunun aranmayacağı, bünyesel veya içsel nedenlerle sigortalının kazaya uğraması durumunda 13. maddede sayılan haller ile bağlantı kurulabiliyorsa yine iş kazası olarak kabul edilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir¹⁸. Bu kapsamda sigortalının, işyerinde kalp krizi geçirmesi¹⁹, işyerinde işini gördüğü esnada dikkatsizliği neticesinde elini kesmesi veya

2. Baskı, 2009, s. 570.

13 Anne Marie Aumann, *Arbeitsunfall 4.0, Die Abgrenzung privater und beruflicher Risikosphären in der modernen Arbeitswelt*, Studien aus dem Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Band 72 Nomos 2018, s. 29.

14 Junker, Rn.315; Hromadka, Maschmann, § 9, Rn.10; Günther Schaub, *Arbeitsrecht- Handbuch*, Systematische Darstellung und Nachschalagewerk für die Praxis, Verlag C.H. Beck 2019, s. 649.

15 Türk hukukunda işçinin işyerinde intihar etmesi bazı Yargıtay kararlarında iş kazası kabul edilmişken, işverence sağlanan lojmanda intihar etmesi iş kazası kabul edilmemiştir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay, Ekmekçi, s. 409.

16 Schaub, s. 651; Staudinger Kommentar, § 611a, Rn.1798; Aumann, s. 32.

17 BSG, 12.4.2005 B 2 U 27/04 R, Aumann, s. 35.

18 Sözer, s. 340.

19 10. HD. T. 30.06.2021 E. 2021/4772 K. 2021/9378, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (21.03.2023); 10. HD. T. 03.06.2021, E. 2020/7763, K.2021/7615, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (21.03.2023); HGK. T. 16.04.2019 E. 2016/816 K. 2019/457, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (21.03.2023).

işyerinde intihar etmesi²⁰ de iş kazasıdır²¹.

Alman hukukunda ise bir kazadan bahsedebilmek için ani gelişen bir olay olması ve takvimle belirlenemese bile nispeten kısa bir süre içinde meydana gelmesi gerektiği ifade edilmekte; işyerindeki stresli ortam gibi uzun süreli etkilerin neden olduğu hastalıkların kaza sayılmayacağı belirtilmektedir²². Türk hukukunda da benzer biçimde bir kazadan bahsedilmek için ani gelişmesi gerektiği belirtilmektedir²³

II. İş Kazasının Unsurları

A. Kazaya Uğrayanın 5510 sayılı Kanun Kapsamında Sigortalı Sayılması

5510 Sayılı Kanun kapsamında iş kazası sigortasından faydalanabilmek için kazaya uğrayan kişinin sigortalı statüsünde bir kişi olması gerekir. 5510 sayılı Kanunun 3. maddesinde sigortalı, kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları açısından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişi olarak tanımlanmıştır. Genel olarak sigortalı olanlar ve iş kazası sigorta kapsamında sigortalı sayılanlar ise 4, 5. ve 6. maddelerde düzenlenmiş-

20 “...Dava, Kurum sigortalısı F.K. ‘nın işyerinde çalışırken bunalıma girerek mesai saati bitimine yakın işini bırakarak işyerinin çatı katında ikametine tahsis edilen işçi yatakhaneğinde kendisini asmak suretiyle gerçekleşen böylece iş kazası olduğu iddia edilen sigorta olayından kaynaklanmaktadır. Sözgelimi intihar eylemi eğer iş yerinde gerçekleşmiş ise, olayın salt işyerinde meydana gelmesi durumunda bile, intihar eden sigortalının gördüğü işle ilgili ve işverenin kusurundan kaynaklanmamış olmasına rağmen 506 sayılı yasanın 110 maddesi açıklığı gereği olay yine de iş kazasıdır. Ancak bu durumda olaylarla iş ve işveren arasında nedensellik bağı bulunamayacağı için işveren ve onun halefi olanlar Kuruma karşı sorumlu tutulamaz ...’
10. HD. T. 5.7.2004 E. 2004/4465 K.2004/6425 www.legalbank.net (17.03.2023). Aynı yönde 21. HD. E. 2010/10244 K. 2012/4932, <https://karararama.yargitay.gov.tr/#> (18.09.2023); 21. HD. T. 19.03.2015 E. 2014/9911 K. 2015/5669, <https://karararama.yargitay.gov.tr/#> (19.09.2023); 10. HD. T. 28.09.2022 E. 2022/10788 K. 2022/11379, <https://karararama.yargitay.gov.tr/#> (19.09.2023).

21 Tuncay, Ekmekçi, s. 409; Sözer, s. 340; Centel, s. 217. 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulama Genelgesinde “...sigortalının işyeri sayılan yerlerde; avluda yürürken düşmesi, dinlenme saatinde top oynarken ayağının burkulması, bahçede meyve ağacından meyve toplarken düşmesi, tarlada çalışır iken traktör ile kaza geçirmesi, yemek yerken elini kesmesi, dinlenme odasında dinlenirken sobadan zehirlenmesi, işyerinde intihar etmesi, işyeri sınırları içinde bulunan havuzda boğularak ölmesi, ücretli izinli bulunduğu sırada çalıştığı işyerindeki arkadaşlarını ziyaret için geldiğinde kaza geçirmesi...”nin iş kazası olarak kabul edileceği belirtilmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu, 2016/21 Sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları, Kısa Vadeli Sigorta Kolları Başkanlığı, Ankara 2016, s. 2.

22 Junker, Rn. 316; Schaub, s. 651. Nitekim Eyalet Mahkemesinin bir kararında, hemzemin geçitte birini gördüğü zannederek ani fren yapan ve bu fren sebebiyle travma sonrası stres bozukluğu yaşayan bir tren sürücüsünün yaşadığı bu olgu, olayın dış etkiden kaynaklanmaması sebebiyle iş kazası olarak kabul edilmemiştir. BSG, 29.11.2011 - B 2 U 10/11 R, https://www.anwalt24.de/urteile/bsg/2011-11-29/b-2-u-10_11-r (17.08.2023). Ancak doktrinde olayın dar yorumlandığı, tren sürücüsünün yanlışlıkla frene dokunması ile fren yapmasının dışsalılık unsurunu barındırdığı iş kazasına ilişkin tanımın, sigortalının ihmali davranışlarını dışlamadığı ifade edilmektedir. Aumann, s. 39.

23 Tuncay, Ekmekçi, s. 393; Güzel, Okur, Caniklioğlu, s. 401-402; Karaahmetoğlu, s. 72.

tir. 5510 sayılı Kanunun m. 4/I, (a)'da düzenlenen iş sözleşmesi ile iş görme borcu ifa eden işçi ve m. 4/I, (b) kapsamında bağımsız çalışan ya da 5. madde kapsamında belirtilen kişilerdir.

Ceza ve infaz kurumları ile tutukevlerinin atölyelerinde çalışan hükümlü ve tutuklular (m. 5/a), işyerinde meslek eğitim gören çıraklar ve meslek lisesi öğrencileri (m.5/b), Yükseköğretimleri sırasında staj yapan veya Üniversitelerde kısmi zamanlı çalıştırılan öğrenciler (m. 5/b), kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde görev yapan bursiyerler (m.5/e), Türkiye İş Kurumu tarafından meslek edindirme kursuna tabi tutulanlar (m. 5/e), tarım ve orman işlerinde süresiz çalışanlar (ek 5. madde), kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan sanatçılar (ek 6. madde) ve ev hizmetlerinde çalıştırılanlar (ek 9. madde) da iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu kapsamında sigortalı kabul edilmektedir²⁴. Yine 7103 sayılı Kanun²⁵ ile Ek m. 9'da yapılan değişiklik ile konut kapıcıları hakkında m.4/I, (a), hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bir diğer iş kazası bakımından sigortalı sayılanlar ise 01.10.2008'den önce 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olup yaşlılık almaya hak kazanan ve sonradan çalışmaya başlayanlardır. Bu sigortalılar yaşlılık aylığı kesilmeksizin kısa vadeli sigorta primleri ile sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışabilmektedir (5510 s. K. Geç. m. 14/I, a).

Kamu görevlileri hakkında 5510 sayılı Kanunun kısa vadeli sigorta hükümleri değil, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu²⁶ hükümleri uygulama alanı bulacağından kamu görevlileri iş kazası ve meslek hastalığı kapsamında sigortalı kabul edilmemektedir²⁷.

B. 5510 sayılı Kanunun 13. Maddesinde Sayılan Hallerden Birinin Gerçekleşmesi

5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı kimsenin geçirdiği kazanın iş kazası olabilmesi için 13. maddesindeki hallerden biri içinde yer alması gerekmektedir. 5510 sayılı Kanun bu yönde iş kazası hallerini sınırlayıcı bir biçimde sayarak düzenlemekte; ilgili hükümde işçinin işini görmediği ancak işverenin hakimiyeti altında olduğu bazı durumlarda geçirdiği kazaların da iş kazası ol-

24 Ev hizmetlerinde çalışanlar açısından, bir ay içerisinde on gün ve daha fazla iş görme borcu ifa edenler m.4/I, (a) kapsamında sigortalı kabul edilirken on günden az faaliyeti olanlar için sadece iş kazası ve meslek hastalığı kapsamında sigortalı kabul edileceklerdir. Güzel, Okur, Caniklioğlu, s. 381.

25 Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG. 27.03.2018, 30373 (2. Mükerrer).

26 RG. T. 08.06.1949 No.7235.

27 Tuncay, Ekmekçi, s. 406-407; Sümer, 147.

duğu düzenlenmektedir²⁸.

İş kazası işçinin işyerinde bulunduğu sırada, işveren tarafından yürütül-
mekte olan bir iş nedeniyle, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gön-
derilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, emziren kadın
sigortalının çalışma sürelerinden kabul edilen süt iznini kullandığı zamanlar-
da, sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi
sırasında meydana gelen kazalar olarak 5510 sayılı Kanunun 13. maddesinde
düzenlenmiştir²⁹.

Sosyal güvenlik hukukunun amacı, mesleki risk gerçekleştiğinde sigortalı-
nın yardımlardan faydalanmasını sağlamak olduğundan sigortalının sadece
çalışma süreleri içinde veya işyerinde geçirdiği kazalar değil, işverenin haki-
miyet alanında olabileceği haller bakımından iş kazası halleri geniş bir biçim-
de düzenlenmiştir. Sigortalı işyerinde bulunduğu esnada işverenin hakimiyet
alanında olduğundan işyerinde geçirdiği kaza zaten iş kazası olarak kabul
edilecektir. Sigortalının kaza geçirdiği esnada iş görmesi aranmadığından ça-
lışma saatleri dışında, ara dinlenme süreleri içinde işyerinde, eklentilerde de
bir kazaya uğraması hali yine iş kazasıdır³⁰. Sigortalının işyerinde olmadığı ve
ancak bir yere gönderilme, yürütülen iş ile bağlantılı olma veya işverence sağ-
lanan taşıtla gidiş geliş esnasında kazaya uğrama hallerinde de sigortalı işçinin
üzerinde işverenin hakimiyetinin devam ettiği kabul edildiğinden bu haller de
yine iş kazası olarak kapsama alınmıştır³¹. Çalışmamızın esaslı kısmını oluş-

28 Akdeniz, s. 8. "...Gerek uygulama ve gerek öğretide açıkça kabul edildiği ve madde metninden de
anlaşıldığı üzere bu maddede sayılan haller örnekleme niteliğinde değil, sınırlayıcı niteliktedir.
Bu hallerden birine girmeyen sigorta olayı iş kazası sayılamaz. Sayılan bu hallerin birlikte ger-
çekleşme koşulu bulunmayıp, herhangi birinin gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterlidir. Eş söy-
leyişle, iş kazası hukuksal nitelikte bir olay olup, bu olayın yukarıda açıklanan yasa maddesinde
sınırlandırılan ve belirtilen hallerden herhangi birinin oluşmasıyla ortaya çıkması gerekir..." 10.
HD. T. 26.04.2016 E. 2014/25096 K. 2016/6748, www.karararama.yargitay.gov.tr (27.09.2023).
Doktrinde hükmün tanımlayıcı nitelikte bir hüküm olduğu da ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi
için Aslı Yılmaz, "Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Kazası Kavramı: Kıta Avrupası ve Anglosakson
Hukuk İstemlerinden Birer Örnek ile Türk Hukuku Karşılaştırması", *Sosyal Güvenlik Dergisi*, Y.6
Sayı 11, 2017, s. 110-111. 506 sayılı Kanun döneminde benzer görüş için Yalçın Bostancı, "Yargıtay
Kararları Işığında İş Kazası Kavramı", *Kamu-İş Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2005, s. 50-51.

29 Caniklioğlu, "işçinin işyerinde bulunduğu sırada" şeklinde kullanılan ifadenin iş kazası kavramını
sınırlama amacı içeren bir düzenleme ortaya koyduğunu, her ne kadar ardından gelen ibarelerle bu
sınırlamanın etkisini büyük ölçüde azaltmışsa da bütüncül olarak yorumlandığında da tutarsızlık içer-
diğini ifade etmektedir. Nürşen Caniklioğlu, "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasa-
rısına Göre Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2006, s. 55.

30 2016/21 sayılı SGK Genelgesinde şu haller iş kazası olarak kabul edilmektedir: yemek yerken elini
kesmesi, dinlenme odasında dinlenirken sobadan zehirlenmesi, işyeri sınırları içinde bulunan ha-
vuzda boğularak ölmesi, ücretli izinli bulunduğu sırada çalıştığı işyerindeki arkadaşlarını ziyaret
için geldiğinde kaza geçirmesi. SGK, s. 2.

31 Tuncay, Ekmekçi, s. 415; Güzel, Okur, Caniklioğlu, s. 384; Sözer, s. 341.

turan sigortalının işverence sağlanan taşıtla işe gidiş geliş esnasında geçirdiği kazalar aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

C. Sigortalının Uğradığı Kaza Sonucu Bedensel veya Ruhsal Bir Zarara Uğraması

İş kazasından söz edebilmek için aranan bir diğer unsur, sigortalının geçirdiği kaza neticesinde hemen ya da kazanın sonrasında bedensel veya ruhsal bir zarara uğraması veya kazanın ölümle sonuçlanmasıdır. Belirtilen zararlar, yaralanma, kırık, çıkık, yanık, körlük, sağırılık gibi vücut bütünlüğünü dıştan bozan zararlar olabileceği gibi iç kanama, beyin kanaması gibi içsel nedenler de olabilecektir³². Sigortalının geçirdiği kaza neticesinde ruhen zarar uğraması da mümkün olup travma, hafıza kaybı, zihinsel yorgunluk, sinir bozuklukları bu kapsamdadır³³.

Sigortalının malvarlığına verilen zararlar, iş kazası kapsamında kabul edilmemektedir. Doktrinde bu kapsamda tartışılan hususlardan biri, sigortalıya sonradan takılan ve organ yerine geçen protez, implant, vida gibi yapay uzuvların kaza neticesinde zarar görmesi halinde iş kazası kabul edilip edilmeyeceğidir. *Tuncay, Ekmekçi*, vücut tamlığı kavramının geniş yorumlanması gerektiğini, bu gibi yapay uzuvlar vücudun ayrılmaz parçası halinde geldiğinde artık bedensel zarar kapsamında kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir³⁴.

Alman hukukunda ise iş kazası tanımdan hareketle iş kazasından bahsedebilmek için sağlığa zarar veren veya ölüme yol açan bir kazanın olması gerektiği ifade edilmektedir³⁵. Sağlığa zarar veren olaylar sigortalının durumunu ağırlaştıran tüm zihinsel, fiziksel ve psikolojik durumları içermekte; protez, işitme cihazı, gözlük gibi yardımcı cihazların zarar görmesi veya kaybolması vücut üzerindeki darbe neticesinde meydana geldiyse zarar olarak kabul edilmektedir³⁶.

D. Kaza ile Zarar Arasında Nedensellik Bağlantısının Bulunması

Sigortalının geçirdiği kazanın, iş kazası olarak kabul edilip edilmesinde öteden beri tartışılan hususlardan biri, nedensellik bağlantısıdır. Kural olarak nedensellik bağlantısı, hayatın olağan akışına göre zararlı sonucun gerçekleşmesine elverişli nedenler ile gerçekleşen zararlı sonuç arasındaki mantıksal

32 Tuncay, Ekmekçi, s. 428; Güzel, Okur, Caniklioğlu, s. 392; Akın, s. 19; Tuncay, s. 363; Sümer, s. 154; Karaahmetoğlu, s. 73.

33 Tuncay, Ekmekçi, s. 428.

34 Yazarlar eşya statüsünde kabul edilen gözlük, işitme cihazı gibi araçların zarar görmesi durumunda bedensel zarar olmadığını ifade etmektedir. Tuncay, Ekmekçi, s. 428. Aynı yönde Güzel, Okur, Caniklioğlu, s. 392; Sözer, s. 352-353; Centel, s. 220; Karaahmetoğlu, s. 73-74.

35 Staudinger Kommentar, § 611a, Rn.1798.

36 Hromadka, Maschmann, § 9, Rn.10.

bağlantıdır³⁷. İş kazasının nedensellik bağlantısı açısından tartışmalı olan husus, nedensellik bağlantısının nerede aranacağıdır. Bir kazanın iş kazası sayılabilmesi için yürütülen iş ile kaza arasında mı yoksa kaza ile zarar arasında mı nedensellik bağlantısı kurulacağı hususunun değerlendirilmesi önem taşımaktadır. 5510 sayılı Kanunun iş kazasını düzenleyen 13. maddesi, hangi hallerde iş kazası olabileceği konusunda karine getirdiğinden bu hallerden biri gerçekleştiğinde kanaatimizce iş kazasının var olduğu sonucuna varmak gerekmektedir; ayrıca bir nedensellik bağı aranmasına gerek bulunmamaktadır. Nitekim 13. maddede sayılan hallerin tamamına bakıldığında geniş bir biçimde, iş ile bağlantılı sayılabilecek çeşitli haller düzenlendiğinden iş ile bağlantılı pek çok kaza, zaten iş kazası olarak kabul edilecektir. Ancak kaza ile zarar arasında aranan nedensellik bağı ise genel hukuk prensipleri gereği iş kazasından doğan sorumluluğun tespiti hususunda önem taşımaktadır³⁸.

Alman hukukunda bir kazanın iş kazası olarak kabul edilebilmesi için iki farklı nedensellik bağına vurgu yapılmaktadır. Bu kapsamda iş kazası için kazanın bir faaliyetin ‘*sonucu olarak*’ meydana gelmesi gerekmektedir; bir anlamda yürütülen faaliyet, kaza anında sigortalı faaliyete atfedilebilir olmalı ve bu kaza ile zarar arasında da ayrıca nedensellik bağlantısının bulunması gerekmektedir³⁹. Alman yargı içtihatlarında ilgili nedensellik bağlantısını tespit edebilmek için “nesnelleştirilmiş hareket etme eğilimi” kavramı geliştirilmiştir. Bu kavram genel olarak belirli bir faaliyetin işe giderken işverenin doğrudan menfaatine olup olmadığı ve bu nedenle fiilen sigortalı faaliyetle ilgili olup olmadığı, kazaya yol açan faaliyet sırasında işverene hizmet eden bir faaliyet yürütmeyi amaçlayıp amaçlamadığı ve bu hareket etme eğiliminin bireysel vakanın nesnel

37 Şükran Ertürk, “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016*, Ankara 2017, s. 886.

38 Sözer, s. 343; Akdeniz, s. 9; Tuncay, s. 361; Centel, s. 220; Ertürk, s. 886. Yargıtay kararına konu olan somut olayda sigortalının davacılar murisi, davalı şirkette çalışırken, iş servisinin kazaya uğraması neticesinde ileri derecede işitme kaybına uğramış, %61,7 oranında özürlü olmuş ve 20/10/2006 tarihinde evinin banyosunda kendisini silahla vurarak intihar etmiştir. Yerel mahkeme ve istinaf mahkemesi, sigortalının geçirdiği kaza ile intihar eylemi arasında adli tıp raporu doğrultusunda illiyet bağının bulunduğu yönünde karar vermişse de Yargıtay raporda bulunan ve illiyet bağının kesildiğine yönelik muhalefet şerhi bulunması sebebiyle eksik inceleme yapıldığı gerekçesiyle kararı bozmuştur. 21. HD. T. 12.06.2019 E. 2018/5709 K.2019/4231, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (17.09.2023).

39 Hromadka, Maschmann, § 9, Rn. 45; Fuchs, Preis, s. 566. Buradaki illiyet bağının daha ziyade işçinin yürüttüğü iş ile bağlantılı bir kazaya uğraması şeklinde anlaşılması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir. Örnek olarak, eczaneye ait ilaçlarla yaşadığı aşk acısı yüzünden kendini öldüren bir eczacı veya depodan değerli bir alet çalmaya çalışırken kendini yaralayan bir çalışanda kaza sonucu meydana gelen eylemler, nedensel olarak ilgili iş ilişkisine atfedilebilse de iş sözleşmesi kapsamında işçinin gördüğü iş ile bağlantılı değildir. Aumann, s. 47.

koşulları tarafından doğrulanıp doğrulanmadığını ifade etmektedir⁴⁰.

Sigortalının yürütülen iş ile ilgili olmayan özel alanında meydana gelen kazalar, nedensellik bağlantısının ortadan kalkmasına neden olduğu için iş kazası olarak kabul edilemeyecektir. Örneğin, sigortalının bir oteldeki şirket yemeğine katılması ve yemek esnasında hava almak için balkona çıktığı esnada dengesini kaybederek balkondan düşmesi sigortalının özel alanında meydana gelmesi sebebiyle iş kazası olarak kabul edilmemektedir⁴¹. Somut olay Türk hukukunda gerçekleşse idi kanaatimizce, sigortalının ilgili yemeğe katılımı zorunlu ise 13. maddede düzenlenen, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda geçirilen kaza kapsamında iş kazası olarak kabul edilebilirdi.

Alman doktrininde iş kazası sebebiyle aranan nedensellik bağlantısının, ikkiye ayrıldığı; kazanın sigortalının faaliyeti ile ilgili olmasının sorumluluğu doğuran nedensellik; sigortalının geçirdiği kaza ile zarar arasında ise sorumluluğu belirleyen nedensellik bulunması gerektiği ifade edilmektedir⁴². İlk nedensellik ilişkisi, sigortalının yürüttüğü faaliyet ile kazaya yol açan faaliyet arasında iç bağlantı olması şeklinde ifade edilmekte; iç bağlantı var ise sosyal güvenlik hukukunun kapsamına gireceği belirtilmektedir. Bununla birlikte sigortalının kaza geçirdiği esnada yürüttüğü faaliyet ile kaza arasındaki iç bağlantının tespit edilmesinin her zaman kolay olmadığı, şüphe durumunda geniş bir yorum yolunun tercih edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴³.

Alman hukukunda sigortalının faaliyetinin tespiti ile değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, sigortalının normalde işini gördüğü esnada özel alanına ilişkin bir faaliyet gerçekleştirirken kazaya uğraması durumunda iş kazası kabul edilip edilmeyeceğidir. Bu kapsamda sigortalının iş görme borcu ifa ettiği esnada önemsiz ölçüde kısa süreli kesinti yaratacak biçimde iş dışında bir faaliyet ile uğraşırken kaza geçirmesi halinin de iş kazası olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁴. Nitekim, bir çatı ustasının kaplanacak çatının hemen üzerinde asılı duran bir daldan kiraz toplarken düşmesi, sigortalının güzergâh üzerindeki bir toplu taşıma aracına başka bir kişinin çocuk arabasını kaldırması sebebiyle yaralanması ve sigortalının güzergâh üzerindeki bir büfeden dergi satın alırken veya 5 metre ötedeki posta kutusuna bir mektup koymak için arabadan indiği esnada bir aracın çarpması gibi durumlarda ne-

40 Bundes Sozial Gericht, 27.11.2018 - B 2 U 7/17 R, <https://openjur.de/u/2232151.html> (25.09.2023).

41 Junker, Rn. 315.

42 Hromadka, Maschmann, § 9, Rn.10; Fuchs, Preis, s. 566.

43 Fuchs, Preis, s. 566.

44 Schaub, s. 650- 651; Aumann, s. 56.

densellik bağlantısının varlığı kabul edilmektedir⁴⁵.

III. Sigortalının İşe Gidiş Geliş Güzergahının İş Kazası Olarak Değerlendirilmesi

A. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu

5510 sayılı Kanun, sigortalıların işe gidiş gelişleri esnasında geçirdiği kazayı iş kazası olarak düzenlemekle birlikte belirli koşulların varlığını aramaktadır. 13. Madde hükmüne göre, sigortalıların işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş esnasında geçirdiği kazalar iş kazasıdır. Hükümden hareketle işveren tarafından sağlanan taşıta binen sigortalının, işyerine varıncaya kadar ve işini bitirdikten sonra bindiği araçtan inene kadarki sürede meydana gelen kazalar, iş kazası olarak kabul edilecektir. 5510 sayılı Kanunun getirdiği bu düzenlemenin zıt anlamından sigortalı işçinin, kendi taşıtı ile ya da işverence sağlanmayan bir taşıtla işe gidiş geliş esnasında geçirdiği kazanın iş kazası olarak kabul edilmeyeceği anlamı çıkmaktadır⁴⁶. Sigortalının işin yapıldığı yere gidiş geliş esnasında geçirdiği kaza, trafik kazası⁴⁷ olabileceği gibi araca binerken parmağının kapıya sıkışması, araçtan düşmesi veya araç içinde çıkan bir kavgada yaralanması da iş kazası olarak kabul edilecektir⁴⁸.

5510 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu⁴⁹ndan farklı olarak işçilerin toplu olarak getirilip götürülmeleri esasına yer vermemiştir. 506 sayılı Kanun “*Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında*” meydana gelen kazaları iş kazası olarak düzenlemektedir⁵⁰. Hüküm bu yönde olmakla birlikte Yargıtay’ın verdiği bir kararda taşıt kavramı oldukça dar yorumlanmıştır. Karara konu olaya göre, işyerinde motorlu kurye olarak çalışan

45 Aumann, s. 56.

46 “...Yapılan yargılama sonunda, davaya konu olayın, “ işveren tarafından araç tahsisinin yapılmaması sebebiyle işveren emir ve talimatı olmaksızın işçilerin kendi tercihleri ile M. Ç. in kullanmış olduğu araca binmeleri şeklinde gerçekleştiği, işveren tarafından bizzat araç tahsisi durumunda olayda bulunmadığı, 5510 sayılı kanun 13 madde 1 fıkraya e bendi gereği iş kazası şartlarının oluşmadığı, olayın trafik kazası niteliği taşıdığı” gerekçesiyle iş kazası olarak değerlendirilmeyeceği sonucuna varılmış...”10. HD. T. 01.12.2015 E. 2015/21183 K. 2015/21122, www.legalbank.net (19.08.2023)

47 Trafik kazası 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 3. maddesinde tanımlanmıştır: “*Trafik kazası, Karayolu üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve zararlı sonuçlanmış olan olaydır.*”

48 SGK, s. 4; Sümer, s. 153.

49 RG. T. 17.07.1964 29, 30,31/7/1964- 1/8/1964 No:11766-11769.

50 Doktrinde bu yönde değişiklik yapılmasının nedeninin sadece serviste meydana gelen kazaların iş kazası sayılmasına ilişkin düzenlemenin uygulamada yarattığı sakıncaları gidermeye yönelik olduğu ifade edilmektedir. Caniklioğlu, s. 58.

sigortalı ile aynı işyerinde modelhane sorumlusu olarak çalışan kadın işçi işten çıktıktan sonra motosiklet ile seyir halindeyken saat 22:00'de trafik kazası geçirmiş ve motokurye sigortalı yaralanmıştır. Yargıtay, olayın işçilerin toplu halde işyerine götürülüp getirilmeleri sırasında meydana gelmediğini, motosikletin işçilerin taşınmasına uygun, olağan bir servis aracı olmadığını ifade ederek olayın iş kazası olmadığına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, iş kazası sonucu ile hiç ilgisi olmayan ancak evli bir kadının servis hizmeti olan işyerinde, diğer ulaşım araçlarını tercih etmemesi ve motosikletle evine bırakılmasının hayatın olağan akışına da aykırı olduğu belirtilmiştir⁵¹. Kararın gerekçesi yönüyle eleştirilebilir olması bir yana, somut olay 5510 sayılı Kanun döneminde gerçekleşmiş bir kaza olsaydı motosikletin işverence sağlanan bir taşıt olması ve karardan anlaşılammakla birlikte işin yapıldığı yerden geliş güzergahında olması sebebiyle iş kazası olarak nitelendirilecekti.

5510 sayılı Kanunun 13/I, (e). maddesinde düzenlenen inceleme konumuz işverence sağlanan taşıtla işe gidiş esnasında geçirilen kazaların iş kazası sayılmasında diğer iş kazası hallerinden farklı olarak '*sigortalıların*' ifadesi kullanılmıştır. Bu yönde bir düzenleme olması ile (e) bendi kapsamında iş kazası sayılabilmesi için birden fazla sigortalının bulunmasının arandığı izlenimi uyanmakta; sadece tek bir sigortalının geçirdiği kazanın bu kapsamda olmadığı anlamı çıkmaktadır⁵². Kanaatimizce önceki 506 sayılı Kanunda işverence sigortalıların toplu taşınması düzenlenmiş olduğundan 5510 sayılı Kanunda '*sigortalılar*' ifadesi gözden kaçmıştır.

5510 sayılı Kanun, 506 sayılı Kanunun getirdiği iş kazası olabilmesi için sigortalıların işe gidiş gelişlerinin 'toplu olarak' yapılması şartını aramamaktadır. Böylelikle işverence sigortalı işçiye bireysel olarak sağlanan araçlar ile işe gidiş geliş esnasında geçirilen kazalar da iş kazası olarak kabul edilecektir⁵³. Nitekim Hukuk Genel Kurulu, sorumluluk hukuku açısından nedensellik bağlantısını değerlendirdiği bir kararında, bir kuryenin kendisine işverence sağlanmış olan motosiklet ile işten çıkıp eve giderken bağlantı yolu üzerinde rüzgâr ve yağışın etkisi ile kaza yapmasını iş kazası olarak kabul etmiştir⁵⁴. İş-

51 21. HD. T. 12.07.2011 E. 2010/14098 K. 2011/6281, www.yargitay.gov.tr (14.08.2023). Doktrinde karar, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde gerçekleşen bir olay sebebiyle isabetli olarak nitelendirilmiştir. Tuncay, Ekmekçi, s. 425.

52 Levent Akın, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 135.

53 Doktrinde, bireysel olarak işe gidip gelirken geçirilen kazaların iş kazası olarak kabul edilmesinin çalışma düzenine göre üst düzey yöneticilerin, işe daha erken gelip daha geç çıkan işveren vekili konumundaki işçilerin kaza geçirmesi halinde iş kazası olarak artık kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Yılmaz, Motorlu Araçlar, s. 532.

54 HGK T. 15.12.2022 E. 2021/(21)10-297 K. 2022/1760, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 2023/2 (77), s. 1421-1435.

yerine toplu olarak getirilip götürülme durumunda sigortalının rotadan sapsması çok mümkün olmayıp işe gidiş geliş rotasında kazanın geçirilmesi daha olası idi. Bireysel işe gidiş gelişlerin 5510 sayılı Kanun kapsamında yer alması ile birlikte sigortalının işe gidip gelme esnasında mı yoksa özel yaşamı içerisinde mi kazayı geçirdiği ise ayrıca değerlendirilecektir. Bununla birlikte sigortalının bireysel olarak işverence sağlanan taşıtla işe gidiş geliş esnasında geçirdiği kazanın iş kazası olarak düzenlenmesi, araçlar da işyerinden sayıldığı için 506 sayılı Kanuna göre daha isabetli bir düzenleme olarak kabul edilmiştir. 5510 sayılı Kanunun işyerini tanımlayan ve 4857 sayılı Kanunun işyeri tanımı ile paralellik gösteren 11. maddesi, işverenin ürettiği mal ve hizmet ile niteliği yönünden bağlılık gösteren yerler ile araçları da işyerinden kabul ettiğinden ilgili hüküm ile iş kazası kavramının paralel hale getirildiği sonucuna varılmalıdır⁵⁵.

1. Taşıtın İşverence Sağlanıyor Olması

5510 sayılı Kanunun getirdiği düzenlemede işçinin işverence sağlanan taşıtla kaza yapması hali, iş kazası olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, işçinin işyerine yürüyerek gelip giderken geçirdiği kazaları hüküm dışında bırakmakta; yine işverence sağlanmadığı için işçinin otobüs, minibüs gibi toplu taşıma ile işyerine gidip gelmesi durumu, iş kazası kapsamında kabul edilmemektedir⁵⁶. Hatta işverence işçilere yol yardımı şeklinde nakdi bir menfaat temin edilse dahi iş kazası olarak kabul edilmeyecektir⁵⁷.

Taşıtın işverence sağlanan bir taşıt olması şeklinde yapılan düzenlemenin amacı, kanaatimizce burada sigortalının iş görme borcu ifa etmemekle birlikte işverenin hakimiyet alanındaki bir taşıma faaliyetinin bulunmasıdır⁵⁸. İşçinin yolda geçirdiği süreler çalışma süresinden sayılmadığından işçinin kaza geçirmesi durumunda işverenin mevcut işe gidip gelme rotası üzerinde belirli bir organizasyonel kontrol yetkisinin olması sebebiyle bu yönde bir düzenleme getirildiği savunulabilecektir. İşyeri seçimi işverenin yönetim yetkisi kapsamında olduğundan eğer işyeri çalışanlar için yeterli ve/veya uygun fiyatlı konutların bulunduğu bir bölgenin dışındaysa, sigortalılar işe gidiş geliş esnasında daha uzun ve dolayısıyla daha riskli yolculuklar yapmak zorunda olabileceği

55 5510 sayılı Kanun m. 11: "(1) İşyeri, sigortalı sayılanların maddî olan ve olmayan unsurlar ile birlikte işlerini yaptıkları yerlerdir. (2) İşyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçlar da işyerinden sayılır..."

56 Sözer, s. 354.

57 Tuncay, Ekmekçi, s. 409; Sümer, s. 354.

58 Akın, s. 34; Yılmaz, s. 113.

gibi toplu taşıma ile işyeri doğrudan bağlantılıysa kaza riskinin daha düşük olması söz konusudur. Bu anlamda sigortalının bu güzergahta geçirdiği kazanın iş kazası olması, işverenin yüklenmesi gereken bir risk olmasından ileri gelmektedir⁵⁹.

İşverence sağlanan taşıt bakımından mülkiyeti işverene ait araçlar da geçirilen kazanın iş kazası olduğu şüphesizdir. 5510 sayılı Kanunun 11/II. maddesi kapsamında araçlar da işyerinden sayılmaktadır⁶⁰. Bununla birlikte, işverence sağlanan taşıt kapsamında sigortalının kaza geçirdiği aracın mülkiyetinin işverene ait olması mutlak koşul değildir. İşverence kiralanmış araçla da sigortalının işyerine gidiş geliş esnasında geçirdiği kaza, iş kazası olarak kabul edilecektir. Kanaatimizce kanunun aradığı husus, işverenin gözetim ve denetim yetkisi altında bir araç ile kazanın gerçekleşmesi olup aracın başka birinden kiralanmış olması ya da işverenin mülkiyetinde olması arasında fark bulunmamaktadır. Kanun işverence sağlanan taşıt ifadesini kullanmasına rağmen Yargıtay'ın işe gidiş geliş esnasında geçirilen kazaları daha geniş yorumladığı söylenebilecektir⁶¹.

Sigortalının işe gidiş geliş esnasında geçirdiği kazaların iş kazası olup olmadığının değerlendirilmesinde önem taşıyan bir diğer husus, aracı sağlamamakla birlikte işverenin yakıt giderlerini sağladığı bir araçla meydana gelen kazanın iş kazası olup olmadığıdır. Doktrinde işverenin yakıt giderlerini sağlamasının dolaylı olarak aracı da sağlaması şeklinde yorumlanması ve iş kazası olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶². Nitekim, bir Yargıtay kararında beton santrali operatörü olarak çalışan sigortalı işçi de dahil olmak üzere on üç işçinin işyerinden evlerine gitmek üzere başkasına ait bir araçla geçirdiği kazada somut olay bakımından aracın işverence sağlanmadığı hususunun hayatın olağan akışına aykırı olduğu gerekçesiyle iş kazası olduğu sonucuna varmıştır⁶³. Başka bir kararında ise Yargıtay, işyerinde mağaza sorumlusu ola-

59 Aumann, s. 192.

60 Güzel, Okur, Caniklioğlu, s. 361.

61 Güzel, Okur, Caniklioğlu, s. 390; Tuncay, Ekmekçi, s. 422.506 sayılı Kanun döneminde benzer yöndeki Yargıtay kararları ve aynı yönde görüş için bkz. Caniklioğlu, s. 59.

62 Tuncay, Ekmekçi, s. 422; Halil Yılmaz, "Motorlu Araçlarla Meydana Gelen İş Kazaları", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı*, Cilt 15, Sayı 1 Ocak 2016, s. 531.

63 "...Somut olayda, işleteni olan kazanın meydana geldiği Plakalı aracın kazadan bir gün önce sürücü'e kiralandığının ve kaza tarihinde araç içerisinde toplam onüç işçinin bulunmasına rağmen taşıtın işveren şirketçe sağlanmadığının kabulünün hayatın olağan akışına uygun olmadığı, işleten ile davalı şirket arasında aracın şirket işlerinde kullanılması amacı ile sözlü anlaşma olduğu, kazanın davalı şirketçe sağlanan taşıt ile işin yapıldığı yere gidip gelirken meydana geldiği ve aynı kazada vefat eden araç sürücüsü mirasçıları tarafından açılıp Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşen tazminat dosyasının işbu dosyada kuvvetli

rak çalışırken il merkezinde yapılan toplantıya şirket bölge müdürü tarafından aranarak şahsi aracı ile bölgedeki mağaza sorumlularını kendi çalıştığı şubeye getirmesini, yakıt ve masrafların şirket tarafından karşılanacağını söylemesi üzerine aynı gün akşam dönüşte sigortalının kaza geçirmesi halini, işverence sağlanan bir taşıt kapsamında değerlendirerek iş kazası kabul eden ilk derece ve istinaf mahkemesi kararını onamıştır⁶⁴.

Düzenlemenin lafzına bakıldığında sadece yakıt giderlerinin sağlandığı bir araç ile yapılan kazaların iş kazası kapsamında kabul edilmesi tereddüt yaratmaktadır. Yargı kararlarında ise daha amaçsal bir yorum yapılarak hükmün uygulama alanı genişletilmektedir. Özellikle toplu bir biçimde işyerine gidiş gelişlerde kullanılan araçlar bakımından varsayımsal olarak işverenin hakimiyet alanında olduğu kabul edilmekte ve iş kazası sayılmaktadır. Bu duruma benzer bir husus ise uygulamada sıklıkla görülen ve mülkiyeti işçiye ait aracın, işverene kiraya verilmesi hususunda işçi ile işveren arasında bir anlaşma yapılması halinde işçinin kendi aracı ile kazaya uğraması halidir. Mülkiyeti işçiye ait olsa da işverene kiraya verildiğinde aracın işverenin hakimiyet alanına girdiği kabul edilecektir. Yargıtay kararına konu olan somut bir olayda, iş görme edimini yerine getirirken aynı zamanda mülkiyeti kendisine ait olan aracını işverene tahsis eden ve bunun karşılığında da kilometre başına araç kira bedeli alan ve davalı işveren yanında teknik servis elemanı olarak çalışmakta olan sigortalı işçinin, kendisine verilen günlük servis fişlerine göre servise çıkması, söz konusu aracı muayene için götürdüğü tarihte, işyerinden servis fişlerini alıp muayene için araç ile muayene istasyonunda beklerken geçirdiği kaza, iş kazası olarak kabul edilmiştir⁶⁵.

delil olduğu dikkate alınmadan olayın iş kazası olmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir..." 21. HD. T. 07.05.2015 E. 2015/13347 K. 2015/10177, www.legalbank.net (18.08.2023).

64 10. HD. T. 06.03.2023 E. 2023/987 K. 2023/1987, www.kazanci.com.tr (20.09.2023). Kanaatimizce somut olayda işe gidiş geliş esnasında geçirilen kaza kapsamında iş kazası olarak kabul edilmese bile, iş kazası kabul edilen hallerden diğeri olan ve m.13/1, (b)'de düzenlenen "görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda" geçirilen kaza olarak da değerlendirilme yapılması mümkün olacaktır.

65 10. HD. T.14.12.2022 E. 2022/11890 K.2022/15984, Çalışma ve Toplum, S. 78 (2023/3), s. 2590-2594. Aynı yönde; "Zararlandırıca olaya maruz kalan işçinin, elektrik mühendisi olup işyerinde işletmeler müdürü olarak görev yaptığı, olay günü davalı işverenlik tarafından işletilen H.H.'da Enerji Bakanlığının Müfettişlerince yapılacak denetimde hazır bulunduktan sonra, iş bitimi, sevk ve idare ettiği ... plakalı otomobile Sakarya'dan İstanbul'a dönerken, Saat: 20.10 sularında TEM otoyolunda saat 20.10 sularında meydana gelen zincirleme trafik kazası neticesi öldüğü, davacılar murisinin ölümü ile sonuçlanan bu kazanın trafik iş kazası olduğu, her ne kadar kazaya karışan aracın maliki sigortalı ise de, işverenin işlerinde kullanması için sigortalıya kilometre başına ödeme yapıldığı, diğer bir deyişle işverence sigortalının kullanımına tahsis edilen araçla kaza geçirildiği, uyumsuzluk konusu değildir." 21. HD. T. 10.02.2009 E.2008/17301 K. 2009/1690, www.yargitay.gov.tr (19.09.2023).

Uygulamada işverenin işyerine işçilerin getirilip götürülmesi, taşıma hizmetleri sıklıkla alt işverene verilmektedir. Sigortalı işçinin alt işverence işe getirilip götürüldüğü esnada geçirdiği kazalar da iş kazasıdır. Belirtilen durumlarda her ne kadar aracın maliki asıl işveren olmasa da alt işverenin yürüttüğü işin denetim ve gözetimini yapmak asıl işverenin hakimiyet alanı ile ilgili olduğundan bu kazaların da iş kazası olarak kabul edilmesi önem taşır. Yargıtay önüne gelen uyuşmazlıklarda alt işverene verilen taşıma işlerinde işçilerin işyerine gidiş geliş esnasında geçirdikleri kazaların iş kazası olduğu sonucuna varmakta ve asıl işverenin bu kazadan sorumlu olduğuna karar vermektedir⁶⁶.

5510 sayılı Kanununun 13. maddesinin lafzına bakıldığında işe gidiş geliş esnasında geçirdiği kaza olarak düzenleme getirildiğinden sigortalının araç içinde taşınırken geçirdiği kazaların hüküm kapsamında olduğudur. Sigortalının taşıttan indiğinde veya yaya halinde yürüdüğü esnada işverene ait taşıtın sigortalıya çarpmasının, iş kazası kabul edilmesi duraksamaya neden olmaktadır. Yargıtay kararlarına bakıldığında somut olayın özelliklerine göre farklı yönde kararlar verdiği görülmektedir. Hukuk Genel Kurulunun 2020 yılında verdiği karara⁶⁷ konu olan somut olayda, baraj inşaatında çalışan işçilerle birlikte sigortalı, işverence sağlanan servis aracıyla evine dönerken yolda aracın bozulması sebebiyle bir kısım mesai arkadaşları ile araçtan inmiş ve gönderilen ikinci aracın gelmesini beklemek yerine araçtan inerek karayolunda şehir merkezine doğru yürümüştür. Sigortalı yolun karşı tarafında bulunan bankamatikten para çekmek üzere karşıdan karşıya geçerken başka bir aracın çarpması sonucu yaralanmış ve sonrasında vefat etmiştir. Yerel mahkeme ve istinaf mahkemesi olayı iş kazası olarak kabul etmişse de 9. Hukuk Dairesi, sigortalının işverenin hakimiyet alanından çıktığı gerekçesiyle iş kazası olamayacağını ifade ederek kararı bozmuş; yerel mahkemenin kararda direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu çoğunluk görüşüyle sigortalının yaşadığı kazanın yapılan işle ve işverenin organizasyonu ile ilgisi olmadığını belirterek nedensellik bağlantısının kesildiği gerekçesiyle iş kazası olmadığına karar vermiştir⁶⁸. Aksi yöndeki karar ise 21. Hukuk Dairesine ilişkindir. Karara konu olan somut olayda sigortalı cadde üzerindeki servis bekleme noktasına gitmek üzere karşıdan karşıya geçerken trafik kazası geçirmiş ve Yargıtay somut olayı iş kazası kabul

66 21. HD. T. 07.05.2012 E. 2012/1316 K. 2012/7518, www.legalbank.net (18.09.2023); 21. HD. T. 27.02.2014 E. 2013/22678 K. 2014/3504, www.legalbank.net (19.09.2023); 21. HD. T. 08.05.2018 E. 2016/18181 K. 2018/4597, www.yargitay.gov.tr (21.09.2023). İşverenin taşıma sözleşmesi ile üçüncü bir kişiye işçileri taşıması halinde de benzer bir sonuca ulaşabileceği hk. Yılmaz, Motorlu Araçlar, s. 531.

67 HGK. T.11.02.2020 E. 2019/21-389 K.2020/120, www.lexpera.com.tr (17.08.2023).

68 Çoğunluk görüşünün hukuken yerinde olduğuna ilişkin Tuncay, Ekmekçi, s. 423.

etmiştir⁶⁹. Sosyal Güvenlik Kurumunun 2016/21 Sayılı Genelgede sigortalının işe gitmek için bindiği servis aracından indikten sonra yolun karşı tarafında bulunan işyerine geçmek için yolu geçerken uğradığı trafik kazası, sigortalının getirilip götürülme halinin sona ermesi sebebiyle iş kazası olarak kabul edilmemesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁰.

2. İşin Yapıldığı Yere Gidiş/İşin Yapıldığı Yerden Dönüş

5510 sayılı Kanun sigortalı işçinin işe gidiş geliş güzergahında geçirdiği kazaların iş kazası olarak kabul edilmesinde kazanın meydana geldiği zaman kesitini dikkate almaktadır. Bu nedenle henüz işe gidiş geliş durumunun başlamadığı, ancak işe gidiş geliş hazırlık aşamasında kazaya uğraması halinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanunun ifadesinden doğrusal bir rotayı dikkate aldığı savunulabilecektir. Sigortalı işçinin henüz işyerine gidiş geliş aşamasında olmadığı, bununla birlikte işe gitmeye ya da işten dönme-ye hazırlık aşamasında kazaya uğraması durumu Kanunda düzenlenmemekle birlikte, hükmün geniş yorumlanması ile iş kazası olduğu kabul edilebilecektir.

İşe gidiş geliş esnasında sigortalının geçirdiği kaza iş kazası kabul edildiği için nedensellik bağlantısı yönünden her durumda kazanın işverenin hakimiyeti altında gerçekleşmesi gerekeceğinden işçinin kişisel işleri için işverene ait aracı kullanarak işyerinden ayrıldığı veya işyerine geldiği esnada geçirdiği kazalar iş kazası olarak kabul edilmeyecektir⁷¹. Nitekim bir kararında Yargıtay, Cumartesi fazla mesai uygulaması olmayan bir işyerine kendi inisiyatifiyle

69 21. HD. T. 25.04.2016 E. 2016/6933 K.2016/7258, www.lexpera.com.tr (11.09.2023). Karar, oyçokluğu ile verilmiş olup karşı oy yazısında sigortalının henüz tahsis edilen araca binmeden kaza geçirmesinin Kanunun amaç ve ifadeleriyle bağdaşmadığı ifade edilmiştir.

70 Taşıma işinin sona ermesi sebebiyle iş kazası sayılmaması gerektiği konusunda aynı yönde Halk Hadi Sümer, "Sigortalının Servis Aracı Beklerken Uğradığı Kaza İş Kazası mıdır?", *Çimento İşveren Dergisi*, Cilt 11, Sayı 4, 1997, s. 11-13.

71 Tuncay, Ekmeççi, s. 422; Yılmaz, *Motorlu Araçlar*, s. 533. "...Somut olayımızda ise; davacı kazalı davalı 'nin taşeronu olan davalı işçisi olarak kaldırım kilit taşı döşeme işinde çalıştığını, olay günü işvereni M. Serdar tarafından İston A. Ş.'ye ait üretim yerinden malzeme (kilit taşı) almak için görevlendirildiğini, bu görev gereği dava dışı sürücünün kullandığı kamyonla malzeme yüklü vaziyette şantiye alanına dönerken meydana gelen kazada yaralandığını iddia etmiştir. Davalı ise bu iddiayı reddetmiş böyle bir görevlendirmenin söz konusu olmadığını, kazalının şahsi bir işi için kazaya konu araçta bulunduğunu ve dönüş yolunda meydana gelen kazada yaralandığını ifade etmiştir. Dosyada dinlenen çalışana olan tamk; "iş yerlerinde (İston A.Ş.'ye ait imalathane-de) yüklemelerin makinelerle yapıldığını, davacı kazalının yükleme yapması gibi bir durumun olmadığını" ifade etmiş, yine aynı iş için görevlendirilen (kilit taşı nakliye işi) diğer kamyon şoförü de bu ifadeyi teyit eder biçimde "yükleme alanına yalnız gittiklerini, kazalının kendi şahsi (bir yakınına para gönderme) işi için geldiğini ifade etmiştir. Özetle bir olayın iş kazası sayılması için zararlandırıcı olayın hizmet akdinin ifası sırasında yani işverenin hakimiyeti altında meydana gelmesi şarttır. İşbu dosyada ise asıl işi kilit-parke taşı döşeme işi olan davacının, olay günü malzeme almak için şoför ile birlikte görevlendirildiğine dair iddiasını ispatı yeter delil bulunmamakta olup bu kapsamda davanın reddi gerekirken kabulü doğru olmamıştır..." 21. HD. T. 02.11.2015 E. 2015/14827 K. 2015/19327, www.kazanci.com.tr (25.03.2023).

işlerini tamamlamak için gelen sigortalının işlerini tamamladıktan sonra iş-yerine ait araç ile Gemlik gümrüğüne gitmek üzere yola çıkacağı sırada diğer işçinin gezi maksadıyla gelmek istediğini söylemesi üzerine birlikte yola çıkmaları, gümrükteki işlerin bitmesinden sonra yemek esnasında alkol aldıkları, Bursa'ya dönerlerken trafik kazası geçirerek ölmesi halini iş kazası olarak kabul etmemiştir⁷². Yine bir Yargıtay kararında satış ve pazarlama işinde çalışan sigortalının çalıştığı şirket yönetim kurulu başkan yardımcısı yönetimindeki araçla eğlenceden dönerken geçirdiği kaza, işe geliş gidiş olarak kabul edilemeyeceğinden iş kazası olarak kabul edilmemiştir⁷³.

B. Alman Sosyal Güvenlik Kanunu

Alman Sosyal Güvenlik Kanunu işe gidiş geliş hallerine ilişkin 5510 sayılı Kanuna nazaran daha geniş kapsamlı bir düzenleme içermektedir. İlgili düzenlemeye göre;

“1. Sigortalılık faaliyetiyle bağlantılı olarak, faaliyetin görüleceği yere doğrudan gidiş geliş güzergâhında,

2. Faaliyetin görüleceği yere doğrudan gidiş geliş güzergâhından sapan güzergâhlarda;

a) Birinci Kitabın 56'ncı Bölümündeki sigortalıların; kendileri, eşleri veya hayat arkadaşlarının kendileriyle aynı ikamette yaşadıkları çocuklarını, çocuk bakıcısı olarak yabancı bir kişiye emanet bırakmak amacıyla, b) Başka bir meslek sahibi veya sigortalıyla bir aracın birlikte kullanılması suretiyle,

3. Birinci Kitabın 56'nci Bölümündeki kişilerin, kendileriyle aynı ikamette yaşayan çocuk bakıcılarının, çocukların bakımı ve gözetimi faaliyetinden veya çocuklarını eşleri ya da hayat arkadaşlarına emanet etmelerinden kaynaklanan bir sebeple faaliyetin yapıldığı yere giden direk güzergâhtan sapan bir güzergâhta,

4. Sigortalı kişinin aile konutunun işyerine uzaklığı nedeniyle faaliyet yerinde veya yakınında konaklama imkanına sahip olması halinde, sigortalının yaptığı iş ile bağlantılı olarak daimi aile evine gidiş ve dönüş seyahatleri”, ifade eder.

Alman Sosyal Güvenlik Kanunu ile sigortalının işe gidiş gelişlerinde iki farklı düzenleme getirildiği görülmektedir. İlkinde doğrusal olarak işe gidiş geliş güzergâhı iken ikinci olarak işe gidiş geliş güzergâhlarından çocukların bakı-

72 21. HD. T. 18.06.2012 E. 2012/11115 K. 2012/11562, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (18.09.2023).

73 21. HD. T. 09.04.2014 E. 2013/6044 K. 2014/7316, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (24.08.2023).

cıya, okula bırakılması gibi ailevi sebeplerle sapılmasıyla üçüncü bir yere giderken sigortalının kaza geçirmesi halleri düzenlenmiştir. Bu haliyle doğrusal güzergahtan sapma durumunda iş kazası halleri oldukça ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve bu düzenleme Türk hukukundan farklılık göstermektedir. Alman hukukundaki düzenlemenin Türk hukukundan temel farkı, 5510 sayılı Kanun sigortalının işe gidiş geliş esnasında geçirdiği tüm kazaları değil, sadece taşıt içinde iken geçirdiği kazaları kapsama alırken, Alman hukukundaki düzenlemede taşıt ibaresine yer vermediği için işe gidiş geliş güzergahı ve/veya Kanunun düzenlediği rotadan sapma hallerinde geçirdiği tüm kazalar kapsama alınmıştır.

1. Sigortalının Doğrudan İşe Gidiş Geliş Güzergahında Geçirdiği Kaza

Alman Sosyal Güvenlik Kanununda iş kazasını düzenleyen hükümde, sigortalının sigortalı faaliyetle bağlantılı olarak faaliyet yerine doğrudan gidiş geliş güzergahında kaza geçirmesi halinde iş kazası teşkil ettiğini belirtmektedir. Sigortalının yolda geçirdiği kaza, iş görme faaliyetle maddi olarak ilgili olması gerekeceğinden yolculuğun işe başlamak veya işten dönmek amacıyla yapılması hali burada dikkate alınmaktadır⁷⁴.

Nitekim hüküm kapsamında yer alan güzergâh, sigortalının evinin dış kapısından (veya “üçüncü” olarak adlandırılan başka bir yerin dış kapısından) başlamakta ve işin görüleceği yerin dış kapısında sona ermektedir. Buradaki güzergahta başlangıç noktası olan ‘dış kapı’, sadece ön kapı değil, örneğin, garaj kapısı, acil durumlarda pencere gibi herhangi bir kapı olabilecektir⁷⁵. Sigortalının işe gidiş geliş esnasında uğradığı kazanın niteliği önemli olmayıp

74 Aumann, s. 187. 5510 sayılı Kanunun yasalaşmadan önce Tasarıda yeri alan hüküm ise, bu halinden daha farklı düzenlenmişti. “*Sigortalıların, işe başlama ve işten ayrılma saatleri dikkate alınarak, mutad güzergâhında veya zorunlu haller nedeniyle mutad güzergâh dışında işe gidiş geliş sırasında...*” geçirilen kaza, iş kazası olarak kabul edilmekteydi. Tasarının bu haliyle Alman hukukundaki düzenlemeye daha yakın bir biçimde düzenlendiği söylenebilecektir.

75 Hromadka, Maschmann, § 9, Rn.15; Tobias Schlaeger, “Neuere BSG-Rechtsprechung zum We-geunfall nach § 8 Abs. 2 SGB VII”, *DGUV Forum* 9/2021, s. 48. 5510 sayılı Kanun kabul edilmeden önceki taslakta Alman hukukundakine benzer bir düzenleme yapılmıştı. Hükme göre “*Sigortalıların, işe başlama ve işten ayrılma saatleri dikkate alınarak, mutad güzergâhında veya zorunlu nedenlerle mutad güzergahı dışında işe gidiş geliş sırasında meydana gelmesi*” iş kazası olarak kabul edilmekteydi. *Caniklioğlu*, bu hükmün sigortalının işiyle bağlantısının mutad konutu ile kurduğunu, iş nedeniyle geçen bu sürenin, sigortalının tamamen özel yaşamı içinde kalan süreden ayrılarak sosyal güvencenin kapsamını genişlettiğini belirtmiştir. Aynı şekilde, işçinin, işyerinden ayrıldıktan sonra, özel bir işini görmek amacıyla başka bir yere gitmesi hariç, özel hayatının sınırı olarak evi kabul edilmekte ve evine döndüğü ana kadar sosyal güvencenin kapsamına alınmaktadır. Bu bakımdan sigortalının hangi araçlarla işe gidip geldiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Sigortalı, işe yürüyerek gidip gelebileceği gibi, toplu taşıma araçları ya da özel aracı ile de gidebilir ve bu sırada meydana gelen tüm kazalar iş kazası sayılacaktır. *Caniklioğlu*, s. 58-59.

trafikte meydana gelen kazaların yanı sıra yolda yürürken çatıdan kiremit düşerek yaralanması örneğinde olduğu gibi genel tehlikelerin gerçekleşmesi de iş kazası kapsamında kabul edilmektedir⁷⁶. Bununla birlikte işverenin talimatıyla sigortalının montaj, kuryecilik faaliyetleri, teslimat işi yapması hallerinde sabit bir rota bulunmamasına rağmen iş görme borcunu ifa ederken kaza geçirmesi, yine düzenleme kapsamındadır⁷⁷. İş kazası açısından dış kapının başlangıç noktası olarak kabul edilmesinin bir sonucu, sigortalının evi içinde iş görme borcunu ifa etmesi halinde odadan başka bir odaya geçerken kaza geçirmesini kapsamamasıdır⁷⁸. Özellikle evde çalışanlar açısından iş kazasını bu yönüyle dışlamaktadır.

İşe gidiş geliş esnasında geçirilen kazanın iş kazası olabilmesi için, işçinin işe gidiş geliş rotasının direkt olması gerektiği Alman doktrininde ifade edilmekte; bununla birlikte bu güzergah işe giden veya işte gelen en kısa yol anlamına gelmemeli, biraz daha uzun, ancak daha uygun, daha hızlı veya daha güvenli bir güzergâh da bu kapsamda değerlendirilmektedir⁷⁹. Güzergahı seçme serbestisi sigortalıya aittir⁸⁰.

Kanunun düzenlemesinde doğrudan gidiş geliş güzergahında geçirilen kaza olarak ele alındığından bu doğrusal güzergahtan işçinin saptığı esnada geçirdiği kaza, iş kazası olarak kabul edilmeyecektir. Eyalet Mahkemesinin verdiği bir kararda sigortalı evi ile işi arasındaki 75 kilometrelik mesafeyi işe giderken olağan güzergah olarak kullanmışsa da köprü inşaatı çalışmaları nedeniyle güzergâhtaki trafik yoğunluğu olduğundan normalde bitmemesi gereken yakıtının işten çıkarken azalması sebebiyle (menzil 70 kilometre) en yakın benzin istasyonuna gitmiş, yakıt aldıktan sonra kasaya doğru giderken sigortalının ayağı kaymış ve yaralanmıştır. Bunun üzerine Mahkeme, işçinin doğrusal güzergahından sapması ve yakıt tüketim durumu ve ikmalî, sürüşe özgü faktörlerin öznel nitelikte olması sebebiyle bu kazanın sosyal sigorta kapsamında olmadığına karar vermiştir⁸¹.

Başka bir Eyalet Mahkemesi kararında ise sigortalı, evinden işyerine giderken kullandığı motosikletine yakıt ikmalî yapmak üzere işyerine gidiş istikametinin sol tarafında benzin istasyonundan yakıt almış ve benzin istasyonundan çıkarken iş güzergahına dönmek üzere karşı şeride geçtiği esnada karşıdan

76 Schaub, s. 659.

77 Hromadka, Maschmann, § 9, Rn.15.

78 Aumann, s. 188.

79 Schlaeger, s. 49.

80 Schaub, s. 661.

81 Bundes Sozial Gericht, 30.01.2020 – B 2 U 9/18 R, https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/2020_01_30_B_02_U_09_18_R.html (23.09.2023).

gelen bir araç ile çarpışmış ve yaralanmıştır. Kurumun tazminat talebini reddetmesi üzerine çıkan uyuşmazlık, Eyalet Mahkemesinin önüne gelmiş ve Mahkeme, Alman iş kazası tanımının gerektirdiği kazanın, sigortalının mesleki faaliyeti ile nedensellik bağlantısı olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme işe gidip gelirken kaza sigortasının koruma kapsamının, en uygun rotadan sapmaları veya trafik kurallarına aykırı “normal” davranışları da kapsadığını (örneğin, varsa, karşı şeridin de kullanılacağı dikkatsiz sollama); yakıt ikmal faaliyeti özel faaliyet olsa da sigortalının özel faaliyetini bitirip tekrardan iş güzergahına dönüş yaptığı esnada kazayı geçirdiğini ve kazanın sigortalının işi ile ilgili olarak meydana geldiğini kabul ederek iş kazası olduğu sonucuna varmıştır⁸². Bu kapsamda belirleyici olan, sigortalının objektif olarak değerlendirilecek eylemlerinin işine başlama veya işin bitiminden sonra özel alanına dönmeye yönelik olup olmadığıdır⁸³. Doktrinde örneğin, sigortalı kişi alışveriş yapmak için evine giderken yolunu kesmek zorunda kalmasında olduğu gibi sigortalının doğrusal işe gidiş geliş rotasından özel sebeplerle sapması hali, rotası kesintiye uğraması sebebiyle iş kazası kapsamında kabul edilmeyeceği ifade edilmektedir⁸⁴.

Alman Eyalet Mahkemesinin evde home- ofis çalışanların geçirdiği kazalara yönelik yaptığı değerlendirmede evin odası ile sigortalının işini gördüğü oda arasında işe gidiş geliş güzergahı şeklinde ele aldığı ifade edilmelidir. Karara konu olan somut olayda, sabah saat 7.00 sularında, sigortalı özel odalarından çıkıp kahvesini almış ve sonrasında dördüncü kattan uzaktan çalışma yaptığı ofisinin bulunduğu üçüncü kata merdivenlerden inerken bir basamakta kaymış ve yaralanmıştır. Mahkeme, bu kazanın işe gidiş geliş güzergahında olduğunu, evde olmasının fark yaratmayacağını belirterek olayı iş kazası kabul etmiştir⁸⁵.

82 Bundes Sozial Gericht, 04.07.2013 - B 2 U 12/12 R, <https://openjur.de/u/652086.html> (25.09.2023).

83 Schaub, s. 661.

84 Schlaeger, s. 49; Schaub, s. 660. Nitekim Eyalet Mahkemesi, sigortalının işinden arabasıyla eve dönerken yolun üzerindeki kasap dükkanına uğraması ve kasaptan çıktıktan sonra aldığı malzemeleri yan koltuğa koyup sürücü mahaline geçmek üzere arabanın arkasından geçerken ayağı takılarak düşüp yaralandığı olayda her ne kadar içtihatla geliştirilen iki saat sınırı geçilmemiş olsa da sigortalının yaya olarak geçişinin özel faaliyet alanını terk etmediği bir zaman dilimi olduğunu, eve dönüş güzergahına geçişini sağlayamadığından mesleki faaliyet olarak kabul edilemeyeceğini ve iş kazası olmadığını ifade etmiştir. Bundes Sozial Gericht, 31.08.2017 - B 2 U 11/16 R, <https://openjur.de/u/2208483.html> (25.09.2023).

85 Bundes Sozial Gericht, 08.12.2021- B 2 U 4/21 R, <https://openjur.de/u/2394590.html> (06.08.2023). Aynı yönde 27.11.2018- B 2 U 28/17 R, https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/2018_11_27_B_02_U_28_17_R.html (18.07.2023).

2. Aile Konutu Dışında Mutat Yerleşim Yeri ile İşe Gidiş Geliş Esnasında Geçirilen Kaza

Alman hukukunda işyeri ile ev arasındaki düzlemsel rotanın yanı sıra bazı durumlarda üçüncü bir yerden başlayan rotalarda geçirilen kazaları iş kazası olarak kabul etmektedir. Bu kapsamda sigortalının işe gidiş veya işten dönüş güzergahından farklı olarak Kanunda sayılan üçüncü yere yapılan veya üçüncü yerden yapılan gidiş gelişlerin normal işe gidiş geliş güzergahı ile orantılı olması gerekmektedir. Alman doktrin ve yargı kararlarında, sigortalının mutat yeri dışında üçüncü bir yerin hüküm kapsamında olabilmesi için ancak sigortalının orada iki saat veya daha uzun süre kalırsa (veya orada en az iki saat kalmayı planlıyorsa) gerçekleşebileceği ifade edilmektedir⁸⁶.

Doktrinde aile konutu ifadesinin Alman Medeni Kanun kapsamında bir aile ilişkisini gerektirmediği, bekar veya fiili bir ortak yaşam sürdürülmesi durumunda ortak yaşam içindeki kişilerin de ortak yaşadığı yerin aile konutu olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir⁸⁷. Buradaki ölçüt, önemli bir süre için sigortalının hayatının merkezini sürdürdüğü yer olmasıdır. Nitekim Eyalet Mahkemesinin verdiği karara konu olan olayda, mutat adresi ailesinin evi olan ve teslimat şoförü olarak çalışan davacı, işten çıktıktan sonra genellikle önce ailesinin evine gitmekte; sonrasında hafta içi düzenli olarak başka bir adreste yaşayan kız arkadaşının yanında kalarak ertesi gün oradan işyerine gitmekte ve böylece uzun bir süre boyunca iki yaşam alanını kullanmaktadır. İşyeri ile mutat adresi arasındaki yol iki kilometre, kız arkadaşının dairesine giden yol ise 44 kilometre uzunluğundadır. Kaza günü sigortalı, geceyi geçirdiği kız arkadaşının dairesinden işyerine giden doğrudan güzergahta kaza geçirmiş; yerel mahkeme sigortalının kız arkadaşının evinin daha uzak bir noktada olması sebebiyle olayı iş kazası olarak kabul edilmemiştir. Bunun üzerine Eyalet Mahkemesi, sigortalının üçüncü bir yerden işyerine geldiği hallerde bir kazaya uğraması durumunda, güzergahın uzunluğunun önemsiz olduğunu, mesafe sınırlaması olmadığını ifade etmiş ve sigortalının iş kazası geçirdiği kabul edilmiştir⁸⁸.

Yine bir diğer Eyalet mahkemesinin kararına konu olan olayda kendi evi ile işyerinin arasında 28 kilometre uzaklık bulunan sigortalı, işyerinden 123 kilometre uzaklıkta bulunan eski eşinin evine kişisel eşyalarını almaya gitmiş ve ertesi gün buradan işyerine gittiği esnada trafik kazası geçirmiş ve yaralan-

86 Schlaeger, s. 51.

87 Schaub, s. 660.

88 Bundes Sozial Gericht, 30.01.2020 B 2 U 2/18 R, <https://www.sozialgerichtsbarkeit.de/legacy/211750> (17.09.2023)

mıştır. Kurum başvurusu, sigortalının olağan ikamet yerinden başka, üçüncü bir güzergâh olarak adlandırılan bir yerden işyerine yapılan yolculuğun, ancak doğrudan işe yapılan yolculukla makul bir ilişki içinde olması halinde sigortalı bir yolculuk olarak kabul edilebileceğini ifade ederek kazanın geçirildiği mahallin, işyerine olan uzaklığının sigortalının evinden dört katı fazla uzaklıkta olduğu ve bu haliyle orantısız uzak olduğunu belirterek talebi reddetmiştir. Yerel mahkeme bu kazayı, sigortalının işe gitme niyeti ile yola çıkmış olmasından bahisle iş kazası olarak kabul etmiştir. Temyiz üzerine Eyalet Mahkemesi, sigortalının kendi evi dışındaki sigortalı faaliyetine giden bir güzergahın, Kanunun anlamı ve amacına uygun olarak, bireysel vakanın tüm koşulları dikkate alındığında, olağan güzergahla makul bir ilişki içinde olmasının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁸⁹.

3. Sigortalının Çocuk Bakımı Amacıyla İşyeri Rotasından Saptığında Geçirdiği Kaza

1971 yılından bu yana, sigortalıların kendilerinin, eşlerinin veya partnerlerinin mesleki faaliyetleri nedeniyle, kendileriyle aynı evde yaşayan çocuklarını başkalarının bakımına emanet etmek amacıyla işe gitmek için doğrudan güzergahtan sapan bir güzergahta seyahat etmelerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Alman kanunkoyucu, mesleki faaliyet nedeniyle çocukların başkalarının bakımına emanet edilmesi için gerekli olan rotadan sapılması esnasında sigortalının geçirdiği kazayı iş kazası olarak kabul etmiştir (§ 8 para. 2 no. 2 harf a SGB VII).

İlgili hükümde çocuk bakımı gerekçesiyle doğrusal güzergahtan ayrılması sebebiyle yolda geçirdiği kaza esas alınmıştır. Doktrinde kadınların çalışma hayatında teşvik edilmesi ve iş ve aile dengesinin sağlanması amacıyla bu yönde bir hüküm getirildiği ifade edilmektedir⁹⁰. Belirtilen hükmün lafzından bakım yerine yapılan yolculuğun her zaman işyerine veya işyerinden yapılan yolculuğun ulaşma güzergahı olarak yapılması gerektiği sonucu çıkmaktadır⁹¹. Hüküm kapsamında önemli olan husus, çocuk ile kazaya uğrayan sigortalının aynı evde yaşaması olup ebeveynlerin ikisinin çalışması şartı aranmamaktadır⁹². Eyalet Mahkemesinin kararına konu olan bir olayda satış müdürü olarak görev yapan sigortalı, müşteri ziyaretinden çıkmış ve aile konutuna dönmek üzere yola çıkmış ve haftanın iki günü müzik kursuna giden oğlunu kurstan alıp evine gö-

89 Bundes Sozial Gericht, 29.01.2019, B 2 U 5/18 R, https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/2019_01_29_B_02_U_05_18_R.html (11.09.2023).

90 Aumann, s. 193.

91 Aumann, s. 193.

92 Schaub, s. 663.

türmek üzere kurs binasına gitmiş; binanın merdivenlerine çıkarken düşmüş ve bacağını kırmıştır. Sigorta sağlayıcısı, bu olayın bir iş kazası olmadığından bahisle başvuruyu reddettiğinden sigortalı yerel mahkemeye başvurmuş, yerel mahkeme olayın iş kazası olduğuna karar vermiş, istinaf mahkemesi de davacının başvurusunu reddetmiştir. Bunun üzerine Eyalet Mahkemesi, sigortalının “mesleki faaliyeti nedeniyle” çocuğu başka bir kişinin bakımına emanet edip etmediğinin somut olayda tartışmalı olduğunu, düzenlemenin lafzı, anlamı ve amacının çocuğun sigortalının mesleki faaliyeti yürütebilmesi amacıyla başka bir kişinin bakımına emanet edilmesini gerektirdiğini; bu nedenle çocuğun bir hobisini sürdürmek için üçüncü bir şahsın bakımına verildiği durumların ilgili düzenlemenin kapsamında olmadığını ifade etmiştir⁹³.

Alman hukukunda hüküm kapsamında tartışılan hususlardan biri, evde çalışan sigortalıların çocuklarını üçüncü yere bırakmaları esnasında kazaya uğramaları halinde, iş kazası sayılıp sayılmayacağıdır. Böyle bir güzergahın ev içinde olduğu varsayılmayacağı, işe gidip gelirken meydana gelen kazalara karşı korumanın ancak kişinin dış kapıdan geçmesiyle başlayacağı ifade edilmektedir⁹⁴. Bu hükmün lafzı ve sistematik konumu sadece işe gidip ve işten dönüş güzergahından sapan güzergahları korumaktadır. Eyalet Mahkemesi önüne gelen ve sağlık sigortası fonunun sigorta kurumuna sigortalının geçirdiği kazanın masraflarının ödenmesi için açılan davada, tele çalışan kızını anaokuluna bırakmış ve tele çalışmasını evde yapmak üzere dönüş yolunda bisikleti ile kaza geçirmiş ve yaralanmıştır. Eyalet mahkemesi, sigortalının evinden “sigortalı faaliyete” ya da tam tersi bir yolculuğa çıkmadığını vurgulayarak ilgili hükümde sigortalının özel ikameti ile işyerinin fiziksel olarak ayrı yerler olması halinde kapsamda olduğunu ifade etmiştir⁹⁵. Bununla birlikte işletmelerdeki konseylerin dijitalleşmeye uyumunun sağlanması amacıyla 18.06.2021 tarihinde Almanya’da yürürlüğe giren Kanun ile (*Betriebsrätemodernisierungsgesetz*) Sosyal Kanunun § 8 SGB VII-E’de değişiklik yaparak sigorta korumasının, ev-ofis veya tele (mobil) çalışanların geçirdiği kazalar kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren işyerinde kaza geçirmiş sigortalılar gibi olacağı kabul edilmiş; iş kazasında sigorta kapsamı evden çalışırken çocukların ev dışında bakım şeklini de düzenleyecek şekilde genişletilmiştir.

93 Bundes Sozial Gericht, 12.01.2010- B 2 U 35/08 R, <https://openjur.de/u/169615.html> (12.09.2023).

94 Aumann, s. 194.

95 Bundes Sozial Gericht, 30.01.2020, B 2 U 19/18 R, https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Verhandlungen/DE/2020/2020_01_30_B_02_U_19_18_R.html (12.03.2023).

4. Sigortalının Araç Paylaşımı Yapması Sebebiyle Rotadan Saptığı Esnada Geçirdiği Kazalar

Sigortalının işe gidiş geliş güzergahından sapması ve kaza geçirmesi durumunda Kanunun korumasına alınan bir diğer husus, sigortalının başka bir meslek sahibi veya sigortalıyla ortak aracı kullanması halidir (§ 8 2, 2 SGB VII). Burada esas itibarıyla sigortalının işyerine gidip gelirken diğer çalışan veya sigortalılarla birlikte araç kullanması nedeniyle ev ile işyeri arasındaki doğrusal yoldan sapması ve belirtilen güzergahta kazaya uğraması hali düzenlenmektedir.

Alman Sosyal Güvenlik Kanunu, araç paylaşımı halinde sigorta kapsamını, ortak sürüş nedeniyle rotanın uzamasına yol açan belirli sapmaları kapsayacak biçimde genişlemektedir. Yolculuk yapan kişilerin aynı işyerinde çalışma zorunluluğu bulunmadığı gibi, araç paylaşımının düzenli ve uzun süreli olup olmadığı düzenleme kapsamında önem taşımamaktadır⁹⁶.

Sonuç

İşçinin iş kazası geçirmesi, farklı hukuk dallarına göre farklı sonuçlar doğurmaktadır. İş kazasının önemli sonuçlarının olduğu sosyal güvenlik hukukunda ise sosyal risklerden olan iş kazası gerçekleştiğinde kazayı geçiren sigortalının iş görme borcu ifa edemediği dönemlerin çeşitli sosyal güvenlik yardımlarıyla telafi edilmesi amaçlanır. Bu nedenle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu iş kazasına ilişkin geniş bir düzenleme getirmektedir. İş kazası, işi ile ilgili veya işverenin hakimiyeti altında iken sigortalının ruhen veya bedenlen zarara uğraması olarak öğretide tanımlansa da Kanun bir tanım getirmekten ziyade hangi hallerde iş kazasının ortaya çıkacağını düzenlemektedir; hükümde sadece işçinin işyerinde geçirdiği kazalar değil işyeri dışında ve ancak işverenin otoritesi altında olduğu haller de iş kazası olarak kabul edilmektedir. Kanunun 13. maddesinde esas alınan ve iş kazası olarak kabul edilen hallerden biri, “*Sigortalının, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında meydana gelen kazalar*”dır.

Sigortalının işverence sağlanan taşıtla işe gidiş geliş esnasında geçirdiği kazaların iş kazası kabul edilebilmesi için taşıtın işverence sağlanması ve kazanın işe gidiş- geliş esnasında olması gerekmektedir. 5510 sayılı Kanun, önceki Kanunun aradığı toplu taşıma koşulunu kaldırmış olup bireysel olarak sigortalıya araç sağlanmasını da hüküm kapsamına almış ve uygulama alanını genişletmesi sebebiyle olumlu bir değişiklik yapmıştır. Taşıtın mülkiyetinin işverene ait olması veya aracın kiralık olması, alt işverene verilen taşıma işlerinde si-

96 Schaub, s. 664.

gortalının kaza geçirmesi arasında bir fark olmamakta, sigortalının geçirdiği kaza iş kazası olarak kabul edilmektedir. Hatta Yargıtay içtihatlarında bir adım daha ileri gidilerek işverence taşıt sağlanmıyor olsa bile sigortalıların işe gidip gelmek için toplu biçimde kullandıkları araçlarda geçirdikleri kazaları işverenin hakimiyetinde olması gerektiğini varsayarak iş kazası olduğuna hükmedilmektedir. Bu anlamda Yargıtay uygulamasının sigortalının daha lehine ve daha kapsayıcı olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte Kanun, taşıtla geçirilen kazaların iş kazası olduğunu kabul ettiğinden sigortalının yaya olarak geçirdiği kazalar, 13. maddenin düzenlediği diğer iş kazası hallerine girmiyorsa iş kazası olarak kabul edilmemektedir.

Alman hukukunda ise yolda geçirilen kazalar bakımından ikili bir ayırım yapılmış olup ilki sigortalının işe gidiş gelişte kullandığı güzergahta geçirdiği kazalar; bir diğeri ise belirli hallerde sigortalının işe gidiş geliş rotasından sapması ve burada bir kaza geçirmesidir. Sigortalının aile konutu dışında ebeveynlerinin veya hayat arkadaşının evi gibi mutlak meskenler ile işyeri arasında geçirdiği kazalar, sigortalının çocuk bakımı amacıyla çocuğunu bırakırken ya da alırken geçirdiği kazalar ve diğer kişilerle araç paylaşımı yaparak işe gidip gelmesi halleri de bu kapsamda iş ve ev dışında üçüncü güzergahlar olarak Alman Sosyal Güvenlik Kanununda düzenlenmiştir. Bu haliyle Alman hukukunda oldukça ayrıntılı bir iş kazası tanımı getirmekle birlikte Türk hukukundan farklı olarak bu güzergahlarda geçirilen kazaların, sigortalının işi ile bağlantılı olarak gerçekleşmesi aranmaktadır. Eyalet Mahkemesinin kararlarında belirtildiği gibi sigortalının kazayı geçirdiği esnada özel alanına ilişkin bir eylemde bulunup bulunmadığı iş kazası nitelendirmesinde ayrıca değerlendirilmektedir. Bu kapsamda Türk hukukunda yolda geçen kazalara ilişkin düzenleme, Alman hukukundakine nazaran daha genel olması sebebiyle yargısal yoruma daha açıktır.

Sosyal güvenlik hukukunda daha kapsayıcı bir iş kazası düzenlemesinin yapılması, daha fazla sigortalının sosyal risklerle karşı karşıya geldiğinde sosyal güvenlik sisteminin koruyucu mekanizmasının işlemesine de hizmet etmektedir. Sigortalının evinden çıkıp işyerine geldiği ve yine işyerinden ayrıldıktan sonra, özel bir işini görmek amacıyla başka bir yere gitmesi hariç, evine döndüğü ana kadar sosyal güvencenin kapsamına alınması, Kanunun bu amacı ile bağdaşmaktadır. Bu bakımdan sigortalının hangi araçlarla işe gidip geldiğinin bir öneminin bulunmaması gerekir. Sigortalının, işe yürüyerek gidip gelmesi ile toplu taşıma araçları ya da özel aracı ile gitmesi ve bu süreçte meydana gelen kazalar açısından iş kazası nitelendirmesinde farklılık olmamalıdır. Şöyle ki, Kanunun lafzı dikkate alınırsa işyerine kaldırımdan yürüyerek giden sigortalıya, işverenin sağladığı otomobile giden sigortalının çarpması ve ikisinin de

yaralanması durumunda kaza, yaya sigortalı için iŖ kazası olarak kabul edilmezken aracı kullanan sigortalı için iŖ kazası kabul edilecektir. Tüm bu nedenlerle 5510 sayılı Kanununun 13. maddesinde düzenlenen “*Sigortalının, iŖverence sağlanan bir taŖıtle iŖin yapıldığı yere gidiŖ geliŖi sırasında meydana gelen kazalar*” Ŗeklindeki düzenlemenin “*Sigortalının iŖin yapıldığı yere gidiŖ geliŖi sırasında meydana gelen kazalar*” olarak deđiŖtirilmesi, sosyal güvenlik hukukunun amacı ile daha bađdaŖacaktır.

KAYNAKLAR

- Akdeniz, Ayşe Ledün, “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlarından Sorumluluğunun Niteliği”, *İÜHF Prof. Dr. Berin Ergin’e Armağan*, Cilt 72, Sayı 2, 2014, s. 3-29.
- Akin, Levent, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.
- Aumann, Anne Marie, *Arbeitsunfall 4.0, Die Abgrenzung privater und beruflicher Risikosphären in der modernen Arbeitswelt*, Studien aus dem Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Band 72 Nomos 2018.
- Bostancı, Yalçın, “Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı”, *Kamu-İş Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2005, s. 48-93.
- Caniklioğlu, Nurşen, “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısına Göre Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri”, *Çalışma ve Toplum*, Cilt 8, Sayı 1, 2006, s. 50-92.
- Centel, Tankut, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Elling, Lisa, *Der Wegeunfall. Ein Versicherungsfall der gesetzlichen Unfallversicherung*, Studienarbeit, 2017.
- Ertürk, Şükran, “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara, 2017, s. 745-1026.
- Fischinger, Philipp/Latzel, Clemens/Richardi, Reinhard, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Otto Schmidt 2020. (Staudinger Kommentar)
- Fuchs, Maximilian; Preis, Ulrich, *Sozialversicherungsrecht*, Lehrbuch für Studium und Praxis, 2. Baskı, 2009.
- Güzel, Ali; Okur, Ali Rıza; Caniklioğlu, Nurşen, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Hromadka, Wolfgang; Maschmann, Frank, *Arbeitsrecht Band I*, Individualarbeitsrecht, 7. Baskı, Springer 2018.
- Junker, Abbo, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 9. Yeniden Gözden Geçirilmiş Baskı, C.H.Beck 2010.
- Karaahmetoğlu, Atanur, “Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İş Kazası Sayılan Haller”, *İş ve Hayat Dergisi*, Sayı 12, 2020, s. 67-88.
- Özyürür, Şerafettin/Kocakaya, Özgür, “5510 sayılı Kanun’un 21/1. Maddesi Uyarınca İş Kazası ve Meslek Hastalığında Kaçınılmazlık İlkesi”, *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, Sayı 41, 2019, s. 62-87.
- Schaub, Günther, *Arbeitsrecht- Handbuch*, Systematische Darstellung und Nachschalagewerk für die Praxis, Verlag C.H. Beck 2019.
- Schlaeger, Tobias, “Neuere BSG-Rechtsprechung zum Wegeunfall nach § 8 Abs. 2 SGB VII”, *DGUV Forum* 9/2021.
- Sosyal Güvenlik Kurumu, *2016/21 Sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları*, Kısa Vadeli Sigorta Kolları Başkanlığı, Ankara, 2016.
- Sözer, Ali Nazım, *İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, Güncellenmiş 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Sümer, Haluk Hadi, “Sigortalının Servis Aracı Beklerken Uğradığı Kaza İş Kazası Mı-

dır?”, *Çimento İşveren Dergisi*, Cilt 11, Sayı 4, 1997, s. 6-13.

- Sümer, Haluk Hadi, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Tuncay, Aziz Can, “Tüzel Kişi İşverenin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 145-146, 2016, s. 357-392.
- Tuncay, Can; Ekmekçi, Ömer, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Yılmaz, Aslı, “Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Kazası Kavramı: Kıta Avrupası ve Anglosakson Hukuk İstemlerinden Birer Örnek ile Türk Hukuku Karşılaştırması”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, Cilt 6, Sayı 11, 2017, s. 107-127.
- Yılmaz, Halil, “Motorlu Araçlarla Meydana Gelen İş Kazaları”, *Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı*, Cilt 15, Sayı 1 Ocak 2016, s. 529-552 (Motorlu Araçlar).

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Türk Ticaret Kanunu Geçici Madde 7 Tecrübesiyle İlgili Olarak Doktrinel Görüşleri, Yargı Kararlarını ve Saha Çalışmasını Yansıtan Bütüncül Bir Bakış Açısı*

A Holistic Perspective Reflecting Doctrinal Opinions, Judicial Decisions and Field Study Regarding the Experience of Provisional Article 7 of the Turkish Commercial Code

Alper ÖZBOYACI**

Çağlar Burak BURTAN***

ÖZ

Sermaye şirketleri ifisah ettiklerinde veya sona ermiş sayıldıklarında şirket ortakları, tek borç ilkesinin getirdiği rahatlıkla tasfiye aşamasına rasyonel ilgisizlikle yaklaşmaktadır. Bu durum, fiilen aslında mevcut olmamakla birlikte ticaret sicilinde kayıtlı gözüken ve hukuken varlıklarını sürdüren şirket yığınlarına sebebiyet vermektedir. Söz konusu sakıncayı ve tüm geçmiş yılların birikimini gidermek adına, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na 6335 sayılı Kanun'la geçici 7. madde eklenerek bu tür şirketlerin kolaylaştırılmış tasfiyeyle veya tasfiyesiz bir şekilde ticaret sicilinden terkin edilebilmelerinin yolu açılmıştır. Keza aynı düzenleme ile anılan şekillerde terkin edilen şirketlerin alacaklıları ile şirketten hukuki menfaati bulunanlara ihya davası açma imkânı da tanınmıştır. Çalışmada, TTK Geçici m. 7 tecrübesi bağlamında doktrinel açıklamalara ve dikkat çekici bazı kararların tahlillerine yer verilmiş, ayrıca konuyla ilgili yapılan saha çalışmasının çıktıları kamusal bakış açılarıyla aktarılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kolaylaştırılmış tasfiye, istisnai tasfiye, ihya, ek tasfiye, kabuk (faal olmayan) şirket.

* Makale gönderim tarihi: 31.03.2024. Makale kabul tarihi: 13.05.2024. Alper Özboyacı, Çağlar Burak Burtan, "Türk Ticaret Kanunu Geçici Madde 7 Tecrübesiyle İlgili Olarak Doktrinel Görüşleri, Yargı Kararlarını ve Saha Çalışmasını Yansıtan Bütüncül Bir Bakış Açısı", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2024, s.153-203, DOI: <https://DOI.org/10.46547/imuhfd.2024.11.1.6>. Bu çalışma Bandırma Onyediy Eylül Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Koordinasyon Birimi tarafından desteklenmiştir. Proje Numarası: BAP-23-1004-001. This work was supported by Scientific Research Projects Coordination Unit of Bandırma Onyediy Eylül University. Project Number: BAP-23-1004-001.

** Dr. Öğr. Üyesi, Bandırma Onyediy Eylül Üniversitesi, <https://orcid.org/0000-0001-8415-8355>, [aозboyaci@bandirma.edu.tr](mailto:aozboyaci@bandirma.edu.tr).

*** Dr. Öğr. Üyesi, Bandırma Onyediy Eylül Üniversitesi, <https://orcid.org/0000-0001-5792-531X>, cburtan@bandirma.edu.tr

Çalışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çalışma beyanı bildirmemiştir.

ABSTRACT

When capital companies are dissolved or deemed to have ended, company partners approach the liquidation phase with rational indifference, with the comfort brought by the single debt principle. This situation gives rise to a multitude of companies that appear to be registered in the trade registry and continue their legal existence, although they do not actually exist. To eliminate the drawback in question and the accumulation of all previous years, provisional Article 7 was added to the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102 with Law No. 6335, paying the way for such companies to be deleted from the trade registry with or without facilitated liquidation. Likewise, with the same regulation, the creditors of the companies abandoned in the aforementioned ways and those who have legal interest in the company are also given the opportunity to file a revival lawsuit. This study includes doctrinal explanations and analyses of some remarkable decisions in the context of the experience with Provisional Art. 7 of the TCC and tries to convey the outputs of the field study conducted on the subject from public perspectives.

Keywords: Facilitated liquidation, exceptional liquidation, reclamation, additional liquidation, shell company.

Giriş

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na¹ 6335 sayılı Kanun'la eklenen geçici 7. madde ile birlikte, münfesih olan veya sayılan (kabuk) şirketlerin² “kolaylaştırılmış tasfiyesi³ ve terkin”, hatta bazı şartlar altında yalnızca “tasfiyesiz terkin edilmesi” usulü getirilerek 2015 yılına kadar tabiri caizse şirket mezarlığına dönmüş olan ticaret sicillerinin ayıklanması hedeflenmişti.

TTK Geçici m. 7, uygulamada olumlu ve olumsuz tepkilerle karşılanmıştır. Gerçekten de düzenlemeyle tasfiye usulünün kolaylaştırılması, hatta resen ter-

1 RG, 14.02.2011, S. 27846.

2 Kabuk şirket ifadesi için bkz. Oruç Hami Şener, *Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya)*, Adalet Yayınevi, 2015 (Ek Tasfiye), s. 235. Kabuk şirket deyimiyle, aslında fiilen sona ermiş olmakla birlikte şeklen devam eden şirketler kastedilmek istenmektedir.

3 TTK Geçici m. 7'de düzenlenen hızlı, pratik tasfiye usulü literatürde farklı şekillerde anılmıştır. Genel olarak bakıldığında bu tasfiye yöntemi, “istisnai tasfiye” (Özlem Karaman-Coşgun, *Anonim Şirketin Tasfiyesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 313; Şirin Güven, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketlerin Sona Ermesi ve Tasfiyesi”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2016, s. 59); “hızlı tasfiye” [Murat Kaderöğlü, *Anonim Şirketlerin İnfisalı (Dağılması)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2; Merdan Çalışkan, “Yeni TTK Kapsamında Anonim, Limited Şirketler ve Kooperatiflerin Hızlı Tasfiyesi ve Tasfiyesiz Terkin”, *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı 115, 2013, s. 195] ve “olağanüstü tasfiye” olarak da adlandırılmaktadır [Ünal Tekinalp (Reha Poroy, Ersin Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku II*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 379]. Çalışmamızda Pulaşlı'nın da benzer bir şekilde ifade ettiği ve meramı daha iyi anlattığımız düşündüğümüz “kolaylaştırılmış tasfiye” tamlamasını kullanmayı tercih ettik (bkz. ve karşı. Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esasları*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 635).

kinin öngörülmesi kabuk şirketler için avantaj teşkil etmekle birlikte, resen terkinde on yıl sonra şirket malvarlıklarının kontrolünün hazineye intikal etmesi memnuniyetsizlikle karşılanmıştır. Bunun dışında, ihya davası açma hakkının “terkin kaydı milat alınarak” beş yıllık süreyle sınırlanması -Anayasa Mahkemesinin iptal kararına kadar- şirket alacaklılarını huzursuz etmiştir. Yine ticaret sicilleri özelinde, ek tasfiye davasına yönelik kuralın uygulanmasına ilişkin -özellikle vekâlet ücreti bağlamında- birtakım haklı eleştiriler de gündeme gelmiştir.

Gelinen noktada, olumlu ve olumsuz yanları bulunsa da söz konusu düzenlemeyle zamanında sicil kayıtlarında sadeleştirmeye gidildiği söylenebilir. Buna karşılık hâlâ tasfiye edilmemiş birçok kabuk şirket bulunduğu, dolayısıyla bunların tasfiyelerinin gerektiği de bilinen bir gerçektir. Bu noktadan hareketle çalışmamızda, TTK Geçici m. 7 tecrübesine dayanarak ve uygulamadaki eleştirel yaklaşımlardan hareketle “kolaylaştırılmış tasfiye”⁴ yöntemiyle veya “resen” gerçekleşen terkin işlemleri ile ilgili tespitlerde bulunulacaktır. Çalışmanın kurgulanmasında ilk etapta TTK Geçici m. 7 düzenlemesi kısaca tanıtlıp karşılaştırmalı hukukla bağlantı noktalara temas edildikten sonra, hükmün uygulanmasına yönelik ulusal ve yerel ölçekli veriler paylaşılarak kamunun (ticaret sicillerinin) düzenlemeye karşı gösterdiği olumlu- olumsuz tepkiler üzerinde durulacaktır. Nihayet son aşamada, konuyla ilgili yargı kararları tahlil edilecektir.

I. TTK Geçici m. 7'nin Tanıtılması

A. Ön Açıklamalar

TTK Geçici m. 7 ile anonim ve limited şirketler ile kooperatiflerin kolaylaştırılmış tasfiyesi usulü kararlaştırılmıştır⁵. Hatta bazı koşullar özelinde bir adım

4 TTK Geçici m. 7, TTK'ya 6552 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'la [RG, 11.09.2014, S. 29116 (Mük.)] eklenmiştir. Bu Kanun'un gerekçesinde “kolaylaştırılmış tasfiye” ifadesi kullanılmıştır (Burçak Tatlı, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Geçici 7. Maddesine Göre Ek Tasfiye ve Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 208, 2023, s. 79, dn. 20).

5 Kolaylaştırılmış tasfiyenin bu tür şirketlere özgülenmesini ortakların sorumluluk rejiminde aramak gerekir. Gerçekten de kolektif şirketlerde ortakların, adi komandit şirketlerde ise komandite ortağın şirket borçlarından ikinci dereceden müteselsil sorumlu tutulması, sona eren şirket ilişkisini tamamen tasfiye etme noktasında ortakları motive eder. Buna karşılık sermaye şirketlerinde ortakların şirket borçlarından ötürü kural olarak sorumlu tutulmaması, sona eren şirketin tasfiyesi noktasında kendileri nezdinde rasyonel bir ilgisizlik doğurur. Bu da -çalışmamızda kabuk şirket olarak ifade ettiğimiz- hukuken var olmakla birlikte aslında fiilen mevcut bulunmayan şirket yığınlarına sebebiyet verir. TTK Geçici m. 7'nin sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketleri kapsamına almamasının sebebini, bu tür hibrit şirketlerde ortakların birinin veya birkaçının şirket borçlarından ötürü şahsen sorumlu olmasında aramak gerekir [son hususta bkz. Sefer Oğuz, “Münfesih Olmasına veya Sayılmasına Rağmen Tasfiye Edilmemiş Anonim ve Limited Şirketler ile Kooperatiflerin Özel Tasfiye Usulü”, Sevilay Uzunallı / Mehmet Ak (Ed.), *Ticaret Sicili ve Şir-*

daha ileri gidilerek tasfiyenin kolaylaştırılmış versiyonuna dahi gerek duyulmadan, şirket kayıtlarının resen terkin edilmesine cevaz verilmiştir. Buradaki amaç, içi boşaltılmış, kabuk haline gelmiş, dahası yalnızca kâğıt üzerinde görünen şirketlerin sicildeki varlıklarına son vermek, böylelikle sicillerde sadeleştirmeye gidilip sicilin aleniyetini daha da güvenilir kılmaktır. Bu bağlamda, TTK Geçici m. 7 dayanak alınarak (Gümrük ve) Ticaret Bakanlığı tarafından konuyla ilgili olarak “Münfesi Olmasına veya Sayılmasına Rağmen Tasfiye Edilmemiş Anonim ve Limited Şirketler ile Kooperatiflerin Tasfiyelerine ve Ticaret Sicil Kayıtlarının Silinmesine İlişkin Tebliğ” de çıkartılmıştır⁶.

Ancak kanun koyucu, şirket alacaklılarını da ihmal etmemiş ve düzenlemenin ilk halinde bu şekilde terkin edilen sermaye şirketlerinden⁷ alacaklı olanlar ile hukuki menfaati bulunanların terkinden itibaren beş yıl içinde haklı sebeplere dayanıp mahkemeye başvurmak suretiyle ilgili şirketin ihyasını (ek tasfiyesini) isteyebilmelerine imkân tanımıştır (TTK Geçici m. 7/XV; Tebliğ m. 16/II)⁸.

Görüldüğü üzere TTK Geçici m. 7, kolaylaştırılmış tasfiyeye tabi şirketlerin tespiti, bunların kolaylaştırılmış yöntemle veya resen ticaret sicilinden terkin ve terkin edilen şirketlerin ek tasfiyesi olmak üzere üç katmanlı bir sistem üzerine kurgulanmıştır. Çalışmamızın birinci bölümünde, Geçici m. 7 tecrübesiyle gündeme gelen bu katmanlar sırasıyla tanıtılmaya çalışılacaktır.

B. Kolaylaştırılmış Tasfiyeye Tabi Tutulan Şirketler ile Bunların Tespiti

1. Kolaylaştırılmış Tasfiyeye Tabi Tutulan Şirketler

a. Asgari Sermaye Şartını Sağlamayan Şirketler

Yasal düzenlemede ilk olarak sermayelerini 559 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'de (KHK)⁹ belirlenen asgari tutarlara yükseltmeyen şirketler,

ketler Hukukuna Etkileri Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 140].

Diğer taraftan, olağan tasfiye sürecinin birçok formaliteye dayanması ve belirli sürelerin dolmasının beklenmesi kabuk şirketlerin tasfiye edilmeksizin atıl kalıp sistemi tukamalarına neden olmuştur. TTK Geçici m. 7'yi tetikleyen önemli faktörlerden biri de bu durumdur (Karaman-Coşgun, s. 310).

6 RG, 30.12.2012, S. 28513. Bundan böyle kısaca “Tebliğ” olarak anılacaktır.

7 Çalışmamızda sermaye şirketlerinin temel görünümü olan anonim ve limited şirketlerden hareketle saptamalar yapılacaktır. Dolayısıyla metinde tercih edilen “sermaye şirketleri” veya “şirket” şeklindeki kullanımlar bu bağlamda dikkate alınmalıdır.

8 TTK Geçici m. 7'nin vergi, SGK borçları ve diğer mali yükümlülükler konusunda özel bir kural getirmemesi dikkat çekmiştir [Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 379, N. 1602].

9 RG, 27.06.1995, S. 22326.

kolaylaştırılmış tasfiye usulüne tabi tutulmuştur (TTK Geçici Madde 7/I-a)¹⁰. KHK kapsamında belirlenen tutarlar mütemadiyen artırılarak TTK Geçici m. 7 döneminde en son anonim şirketler için -bugünkü TL cinsinden- 50.000 TL, limited şirketler içinse 10.000 TL olarak belirlenmişti. Kanun koyucunun bu yaklaşımının bir kolaylıktan ziyade yaptırım olduğu söylenebilir. Diğer taraftan, bu tür şirketlerin asgari sermayeleri zaten görece cüzi belirlenebildiği ve uygulamada asgari tutarlar üzerinden kurulup yine bu tutarlarla faaliyetlerini sürdürebildikleri dikkate alındığında, asgari koşulu dahi sağlayamayanları resen terkin edip sistem dışı bırakmanın rasyonel bir yaklaşım olduğu ortadadır. Kanımızca Geçici m. 7'nin sürekli hale gelmesi tartışmaya açılsa bu uygulamanın hiçbir şekilde göz ardı edilmemesi gerekir.

Ayrıca 2023 yılının sonunda, bir süredir devam eden enflasyonist ekonomik düzenin sonucu olarak asgari sermaye miktarları güncellenmek durumunda kalmıştır. Bugün itibarıyla 7887 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı (CK)¹¹ kapsamında asgari sermayeler “kural olarak” anonim şirketler için 250.000, limited şirketler için 50.000 TL seviyesine yükseltilmiştir¹². Dolayısıyla olası bir TTK Geçici m. 7'nin sürekli hale gelmesi ihtimalinde, sermayelerini belirlenen tutarlara yükseltmeyen şirketleri kolaylaştırılmış usule göre tasfiye etmek gerekir.

b. TTK veya Şirket Sözleşmesi Kapsamında Münfesih Olan Şirketler

6102 sayılı TTK'nın yürürlük tarihinden önce veya 01.07.2015 tarihine kadar münfesih olan şirketler kolaylaştırılmış tasfiye kapsamında dikkate alınmıştır (TTK Geçici m. 7/I-b)¹³.

10 Bu kapsama giren şirketler, TTK Geçici m. 7/IV-c uyarınca uygulama kapsamına giren diğer şirketlerden farklı olarak faaliyetlerine devam etmek istediklerini ifade etmek ve infisah sebebini ortadan kaldırmak suretiyle tasfiyeden veya resen terkinden kurtulamazlar (Kaderoğlu, s. 347).

11 RG, 25.11.2023, S. 32380.

12 Bu bağlamda, kanun koyucu 2024 yılında, 7511 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG, 29.05.2024, S. 32560) m. 17 kapsamında TTK'ya Geçici bir madde daha eklemek suretiyle 31.12.2026 tarihine kadar asgari sermaye şartını sağlayamayan ve esas sermaye sistemini benimsemiş anonim şirketler ile limited şirketlerin infisah etmiş sayılacaklarını belirtmiştir.

13 TTK Geçici m. 7 düzenlemesi, 6102 sayılı TTK'nın ilk halinde öngörülmemiş olup 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG, 30.06.2012, S. 28339) kapsamında sonradan yasaya eklenmiştir. Dahası, TTK Geçici m. 7'nin ilk halinde “*Bu kanun yürürlüğe girdikten sonra iki yıl içinde münfesih olan veya sayılan şirketler*” ifadesi yer almaktaydı. Fakat daha sonra 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun (RG, 11.09.2014, S. 29116 Mük.) kapsamında gerçekleşen değişiklikle “*Bu kanun yürürlüğe girdikten sonra iki yıl içinde*” ibaresi kaldırılmış, yerine “*1.7.2015 tarihine kadar*” ibaresi getirilmiştir (TTK Geçici m. 7/ XVI). Bu sebeple Tebliğ'de farklı farklı ifade edilen tarihleri (bkz. m. 2, 5/I ve III-V), 1.7.2015 şeklinde yorumlamak gerekir (Oğuz, s. 139).

Kuraldan, fesih yoluyla sona eren şirketlerin değil, münfesi olan şirketlerin kolaylaştırılmış tasfiyeye tabi olduğu anlaşılmaktadır. Bilindiği gibi, kendiliğinden son bulma hali, şirketin kanunda veya kuruluş sözleşmesinde öngörülen sebebin gerçekleşmesiyle birlikte ayrı bir organ veya mahkeme kararına gerek olmaksızın sona ermesi durumudur¹⁴.

Kendiliğinden son bulmaya ilişkin haller TTK'da düzenlendiği gibi şirket sözleşmelerinde de düzenlenebilir. Sermaye şirketinin kendiliğinden son bulmasıyla birlikte kural olarak tasfiye aşamasına geçilir¹⁵. TTK'da anonim şirketler ile limited şirketlerin münfesi olma halleri benzer kapsamda düzenlenmiştir. Bunları şu şekilde saymak mümkündür:

- *“Sürenin sona ermesine rağmen işlere fiilen devam etmek suretiyle belirsiz süreli gelmemişse, esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesiyle”* (TTK m. 529/I-a)
- *“İşletme konusunun gerçekleşmesiyle veya gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesiyle”* (TTK m. 529/I-b)
- *“Esas sözleşmede öngörülmüş herhangi bir sona erme sebebinin gerçekleşmesiyle”* (TTK m. 529/I-c)
- *“Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhal toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biriyle yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde* (TTK m. 376/II; TTK m. 633)
- Şirketin iflasına karar verilmesiyle (TTK m. 529/I-e; TTK 636/I-c ve TTK m. 634).

Bu bağlamda, getirilen düzenlemenin münfesi olmakla birlikte tasfiye konusunda bir türlü karar organını toplayamayan veya toplayıp da karar alamayan şirketler için bir nimet olduğunu söylemek yanlış olmaz. Keza aktifleri pasiflerine aşkın olanlar bakımından bu durum, tasfiye payının haczi bağlamında gerek şirket gerekse de ortakların şahsi alacaklıları için bir pratiklik sağlamaktadır.

14 Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 344; Karaman-Coşgun, s. 312; Oğuz, s. 141. İnfisah hallerinin iradi dışılığına vurgu için bkz. Şaban Kayhan, *Şirketler Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 282.

15 Şirketler ister kendiliğinden isterse fesih veya mahkeme kararıyla son bulmuş olsun prensip olarak tasfiyeye tabidir. Tasfiyesiz sona erme halleri -birleşme, bölünme, devralma vb.- istisnadır (Güven, s. 46).

c. Son Beş Yıldır Olağan Genel Kurul Yapmaması Sebebiyle Münfesih Sayılan Anonim Şirketler

Sebebi ne olursa olsun son beş yıla ait olağan genel kurul toplantıları yapılamayan anonim şirketler de kolaylaştırılmış tasfiyeye tabi tutulmuştur (TTK Geçici m. 7/I-d). Dikkat edilirse burada yılda bir kez yapılması gereken olağan genel kurul toplantılarının hiçbir şekilde yapıl(a)maması ölçüt olarak alınmıştır. Bu durumun beş yıl sürmesi, haklı olarak şirketin pasif hale geldiği ve kabuk şirkete döndüğü izlenimi doğurmaktadır. Bu tür şirketleri münfesih saymak ve resen terkin etmek yine şirketin kendisi ve duruma göre alacaklı kesim için bir kolaylık sağlamaktadır¹⁶.

Kuralın getiriliş amacı dikkate alındığında, genel kurul toplantılarının yapılamama sebebinin önemli olmadığını da belirtmek gerekir¹⁷. Dolayısıyla aynı saptamaları, genel kurulun bir türlü yeterli toplantı ve karar nisaplarına ulaşmaması (kilitlenme / pat durumu halleri) bakımından da kabul etmek gerekir. Kuşkusuz bu ihtimalde, benzer şekilde kilitlenme halinin beş yıl sürmesini ölçüt olarak dikkate almak gerekir.

Kuralda dikkat çeken bir diğer husus, sadece anonim şirketler ve kooperatiflerin zikredilmiş olmasıdır. Halbuki aynı imkânın limited şirketler için de tanınmasına bir engel yoktur. Kaldı ki TTK m. 636/II'de organ eksikliği, limited şirketler için de bir sona erme hali olarak düzenlenmiştir¹⁸. Bu sebeple, TTK Geçici m. 7 yeniden hayata geçirilmek istenirse limited şirketleri de bu kapsama almak isabetli olur.

d. Tasfiye İşlemlerine Başlanmış Olup da Terkin Edilemeyen Şirketler

Son olarak 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğünden önce tasfiye işlemlerine başlanmış, ancak genel kurulun toplanamaması nedeniyle ara bilançoları veya kesin bilançosu genel kurula tevdi edilemediği için ticaret sicilinden terkin edilemeyen şirketlerin kapsama alındığı görülmektedir (TTK Geçici m. 7/I-e).

Bu ihtimalde, şirket tasfiye iradesi sergilendikten sonra prosedürel bir ge-

16 Gerçekten de ortakların tasfiye süreci sonunda elde etmesi muhtemel bir tasfiye kazancının bulunmaması, standart tasfiye sürecinin tamamlanarak şirketin sicilden terkin edilmesi ihtimalini önemli ölçüde azaltmaktadır (Kaderoğlu, s. 348). Bu açıdan, TTK Geçici m. 7'nin sorunu çözmeye önemli bir fonksiyon gösterdiği söylenebilir.

17 Karaman-Coşgun, s. 314.

18 Tatlı, s. 80, dn. 24; Damla Songur, "Türk Hukukunda Şirketlerin İhyası", *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan*, 2019, s. 1016. Son yazar aynı yerde, TTK Geçici m. 7'nin organ (genel kurul) eksiliğini "son beş yıldır genel kurul toplantıları yapılamayan" ifadesiyle süre koşuluna bağladığını, hâlbuki TTK m. 530'da bu hususta bir süre öngörülmeyle hâkime takdir yetkisi tanıdığını belirtmiştir.

reklilik olan ara veya kesin bilançonun genel kurula sunulmaması¹⁹ sebebiyle tasfiye süreci sektöre uğramaktadır. Hükmün amacı gözetildiğinde, bu gibi hallerde kolaylaştırılmış yöntemle tasfiyenin gerçekleşmesi ve ticaret sicilinin müdahalesiyle söz konusu engelin aşılması makul görülebilir.

e. Ticaret Bakanlığının Başvurusu Üzerine Mahkemece Feshine Karar Verilen Sermaye Şirketleri

TTK Geçici m. 7’de düzenlenmemekle birlikte Tebliğ’de bu tür şirketler de kolaylaştırılmış tasfiye kapsamına alınmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki kolaylaştırılmış tasfiye istisnai bir yöntem olduğundan, kanunda yer almayan bir imkân Tebliğ ile düzenlemek ve kapsamı bu şekilde genişletmek isabetli olmamıştır²⁰.

Bunun dışında, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu²¹ döneminde, Ticaret Bakanlığına bazı durumlarda şirketlerin feshini dava etme imkânı tanınmıştı. Bu haller:

- Pay sahiplerinin sayısının beşten aşağı düşmesi veya organ eksikliği yahut genel kurulun toplanamaması (TTK¹⁹⁵⁶ m. 435/I),
- Şirketin kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya kamu düzenine aykırı işlemler ve faaliyetlerde bulunduğu anlaşılması (TTK¹⁹⁵⁶ m. 274/II).

Yürürlükteki 6102 sayılı TTK’da ise (Gümrük ve) Ticaret Bakanlığının iki durumda anonim şirketlerin feshini isteyebileceği öngörülmüştür. Bunlar, kuruluştan doğan fesih davası (TTK m. 353) ile organ eksikliği sebebiyle açılan fesih davasıdır (TTK m. 530).

f. Oda Kaydı Silinen ve Sicil Kaydı Silinmek Üzere Ticaret Sicil Müdürlüğüne Bildirilen Şirketler

TTK Geçici m. 7’de düzenlenmeyip de Tebliğ’de düzenlenen bir diğer kolaylaştırılmış tasfiye durumudur. Bu bağlamda yukarıda yapılan eleştiriler burada da geçerlidir.

Tebliğ’e göre, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu²² m. 10 ve 32 kapsamında, adreslerinin ve durumlarının tespit edilememesi nedeniyle ilgili odadaki üyelikleri askıya alınan ve oda yönetim

19 Normal tasfiye ve ek tasfiye süreçlerinde kesin bilançonun hazırlanması ve genel kurullar tarafından onaylanması oldukça önemli bir aşamadır. Kesin bilanço ile birlikte tasfiye paylarının ne olduğu ve bunun ne şekilde dağıtılacağı netliğe kavuşur. Kesin bilançonun genel kurul tarafından onaylanması ise tasfiye memurlarının ibrası konusunda önem arz eder.

20 Oğuz, s. 143; Songur, s. 1017, dn. 58; Karaman-Coşgun, s. 316; Tatlı, s. 80, dn. 25; Kaderoğlu, s. 350; Şengül Al-Kılıç, *Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 168, dn. 418.

21 RG, 09.07.1956, S. 9353. Bundan böyle “TTK¹⁹⁵⁶” olarak anılacaktır.

22 RG, 01.06.2004, S. 25479. Bundan böyle kısaca TOBBK olarak anılacaktır.

kurulu kararını takip eden yılbaşından itibaren iki yıl sonunda oda kaydı silinen ve de sicil kaydı silinmek üzere Ticaret Sicil Müdürlüğüne bildirilen şirketler de kolaylaştırılmış tasfiye imkanından yararlanabilecektir (m. 5/I-d).

Ancak Tebliğ'de, TOBBK m. 10/III kapsamında ilgili odadan kaydı silinen şirketlerin ticaret sicilinden resen terkin edilebileceği öngörülmüş olmasına rağmen, aynı sonuç TOBBK m. 32/V kapsamında borsalar için öngörülmemiştir. Bu sebeple borsa kaydı üyeliği askıya alınan veya silinen şirketler kolaylaştırılmış tasfiyeye tabi tutulmamıştır²³.

2. Kolaylaştırılmış Tasfiyeye Tabi Olan Şirketlerin Tespiti

TTK Geçici m. 7/III kapsamında, yukarıdaki özelliklere sahip şirketler, ilgili ticaret sicil müdürlüğüne resen veya herhangi bir kişi, kurum veya kuruluş tarafından kanıtlarıyla birlikte yapılan bildirimleri de kapsayacak şekilde sicil kayıtlarının incelenmesiyle belirlenmektedir. Görüldüğü üzere, söz konusu şirketlerin tespitinin resen veya kanıtlı bilgiye dayanan ihbara bağlı olarak gerçekleşmesi şeklinde bir usul benimsenmiştir²⁴. İki durumda da sicil müdürlüğünün mevcut kayıtlara dayanarak şirketin durumunu değerlendirmesi gerekir. Özellikle resen yapılacak olan tespitlerde vergi daireleriyle iş birliğine gidilmesi isabetli olur. Kaldı ki uygulamada vergi dairelerince yapılacak araştırma ve yoklamalar sonucunda gayri faal olduğu tespit edilen şirketlerin "mükellef" kayıtları resen silinebilmekte ve bu durum kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan ilgili ticaret odalarına bildirilmektedir. Bunun yasal dayanağını da 3317 sayılı Vergi Usul Kanunu²⁵ m. 160/III oluşturmaktadır. Anılan hükme göre, "*İşi bırakma bildiriminde bulunmayan bir mükellefin işi bıraktığının tespit edilmesi veya yapılan araştırma ve yoklamalar sonucunda bilinen adreslerinde bulunamaması ve başka bir adreste faaliyetine devam ettiğine dair bilgi edinilememesi... halinde, mükellef (matrahlı veya matrahsız beyanname verenler dahil) işi bırakmış addolunur ve mükellefiyet kaydı vergi dairesince terkin edilir. Bu durum, ilgili kamu kurum ve kuruluşu ile kamu kurumu niteliğindeki meslek üst kuruluşuna da bildirilir.*" Dikkat edilirse kuralda iki farklı ihtimal düzenlenmiştir. Birinci ihtimalde resen terkin işlemi, mükellefin işi bırakma bildiriminde bulunmamış olması, buna rağmen işi bıraktığının bir şekilde tespit edilmiş olması şartına bağlanmıştır. Mükellefin işi bıraktığının tespiti, vergi dairesinin yetkisi dahilinde olan denetim usullerini kullanmasıyla mümkün olur. İkinci ihtimalde ise resen terkin işlemi, yapılan yoklama ve araştırmalara

23 Karaman-Coşgun, s. 315.

24 Resen veya ihbar üzerine yapılacak araştırmada, şirketin sicil dosyasında yer alan bilgilere başvurulacağı, ancak incelemenin sadece bu kayıtlarla sınırlı olmayacağı, ihbara eklenen kanıtların da incelenmesi gerektiği noktasında bkz. Karaman-Coşgun, s. 319-320.

25 RG, 10.01.1961, S. 10703.

rağmen mükellefin bilinen adresinde bulunamaması ve başka bir adreste faaliyete devam ettiğine dair de bilgi edinilememesi şartına bağlanmıştır. Bu itibarla mükellefin faaliyetlerini durduğuna yönelik emareler bulunsa bile tek bir yoklamaya dayalı olarak resen terkin işlemi gerçekleştirilemez. Zira kuraldaki “yoklamalar” şeklindeki vurgudan, birden fazla yoklama yapılmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca her iki ihtimal bakımından da resen terkinin söz konusu olabilmesi, mükellefin işi bıraktığının herhangi bir şüpheye mahal vermeyecek şekilde tespit edilmesine bağlanmıştır²⁶. Vergi mevzuatındaki bu kesinlik ölçütü, TTK Geçici m. 7 ve benzeri uygulamalar bakımından (örneğin bkz. TOBBK m. 10/III), ticaret sicillerinin ve ticaret odalarının işini oldukça kolaylaştırmaktadır. Bu sebeple iki kurumun koordineli ve periyodik olarak birbirleriyle veri paylaşımında bulunması önem arz etmektedir.

Bununla birlikte TTK Geçici m. 7'deki koşulları sağlamasına rağmen, kabuk şirketin taraf olduğu derdest bir dava söz konusuysa, artık şirket kolaylaştırılmış tasfiyeyle veya tasfiyesiz şekilde şirket sicilden terkin edilemez (TTK Geçici m. 7/II)²⁷.

C. Kabuk Şirketlerin Kolaylaştırılmış Tasfiye Yöntemiyle Terkini veya Tasfiyesiz Terkin Edilmesi

1. Kolaylaştırılmış Tasfiye Yöntemiyle Terkin ve Tasfiyesiz Terkin Ayrımı

TTK Geçici m. 7'nin tasarımı temel olarak aslında kabuk olduğu belirlenen şirketlerin, sicil müdürlükleri zoruyla ve genel tasfiye kurallarından farklı olarak daha basit bir yöntemle tasfiye edilmeleri planlanmıştır. Ancak bunun yanı sıra bu tür şirketlerin kolay tasfiyeye yanaşmaması ihtimaline karşın kanun koyucu, bazı koşullarda şirketlerin tasfiyesiz de terkin edilebilmesine cevaz vermiştir.

26 Tüm bu hususlarda bkz. Altan Rençber, Selin Ovalıoğlu, “Vergi Hukukunda Mükellefiyet Kaydının Re'sen Terkini ve Tebligata İlişkin Ortaya Çıkan Sorunlar”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, s. 90.

27 Ayrıca bkz. ve karşı. Güven, s. 60, dn. 94. Dava idari dava veya ceza davası niteliğinde olabileceği gibi, hukuk davası niteliğinde de olabilir (Çalışkan, s. 201). Yine kuralda sadece dava vurgusu yer aldığından hakkında icra takibi başlatılmış şirketler açısından kolaylaştırılmış tasfiye sürecinin işleyebileceği ileri sürülmüştür (Karaman-Coşgun, s. 318). Lafzi yorum kapsamında bu sonucu kabul etmek mümkün olsa da amaçsal yorumdan hareketle bu gibi durumlarda da -özellikle alacak teminata bağlanmış veya şirkete ait tahsili kabil bir malvarlığı değeri bulunuyorsa- kolaylaştırılmış tasfiye sürecini askıya almak, icra takibinin akabeti belirlendikten sonra süreci işletmek daha isabetli bir tutum olabilir.

Bu itibarla kolaylaştırılmış tasfiyenin belirgin hale geldiği durum, TTK Geçici m. 7’de sicil müdürlüğü tarafından yapılan ihtar ve ilana ilişkin gereklilikleri yerine getiren şirketlerin kanunda veya kuruluş sözleşmelerinde belirtilen genel kurul kararını almak zorunda olmaksızın tasfiyelerinin gerçekleştirilmesidir (f. 8). Buna karşılık ihtar ve ilana rağmen üzerine düşen gereklilikleri yerine getirmeyen şirketlerin “tasfiyesiz” resen terkin edilmesi de mümkün kılınmıştır (f. 11).

Özetle, TTK Geçici m. 7 ile kanun koyucunun kabuk şirketlerin esasen tasfiye yöntemiyle kişiliklerinin son bulmasını öncelikli amaç edindiği, tasfiyesiz terkinin ise istisnai bir yöntem (son çare) olarak öngördüğü söylenebilir²⁸.

2. Kabuk Şirketlerin Kolaylaştırılmış Tasfiye Yöntemiyle Terkini

a. Tasfiyesine Hiç Başlanmamış Kabuk Şirketlerin Kolaylaştırılmış Tasfiyesi

aa. Ticaret Sicil Müdürlüğünün İhtarı ve İhtarın Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi ile İlgili Odaların İnternet Sitesinde İlan Edilmesi

TTK Geçici m. 7/IV-a uyarınca sırayla:

- Kolaylaştırılmış tasfiye kapsamına giren şirketlerin ticaret sicilindeki son kayıtlı adreslerine ve yine sicildeki kayıtlara göre şirketi temsile yetkili kılınmış kişilere bir “ihtar” gönderilir.
- Yapılan ihtar, aynı gün içinde ilan edilmek üzere Türkiye Ticaret Sicil Gazetesine (TTSG) iletilir (ayrıca bkz. Tebliğ m. 6). Kanun koyucu, kabuk şirketlerde muhatap bulmanın güç olmasını göz önünde tutarak ilana ayrıca bir önem atfetmiştir. Buna göre, ihtarın ulaşmadığı hallerde ilan TTSG’de yayımlandığı tarihten itibaren otuzuncu günün akşamında 7201 sayılı Tebliğ Kanunu’na²⁹ göre tebliğ edilmiş sayılır.
- TTSG’de yayımlanan ilan metninin aynısı, şirketin kayıtlı olduğu ilgili ticaret ve sanayi odasının veya ticaret, sanayi yahut deniz ticaret odasının internet sitesinde de yayımlanır. Bu ilanın -TTSG’deki ilandan farklı olarak- yalnızca bildirici etki gösterdiği özel olarak vurgulanmıştır (ayrıca bkz. Tebliğ m. 8/II).

bb. İhtar ve İlanın İçeriği

Yapılan ihtar ve ilanın içeriği konusunda kolaylaştırılmış tasfiyeye tabi şirketler bakımından ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre, TTK Geçici m. 7/I-a uyarınca asgari sermaye şartını sağlayamadığı tespit edilen şirketlere yapılan ihtarlarda, şirketin ortaklarından, yöneticilerinden, denetçilerinden yahut müdür-

28 Bu yönde bkz. Şener, *Ek Tasfiye*, s. 237.

29 RG, 11.02.1959, S. 10139.

lerinden tebliğ tarihinden itibaren iki ay içinde tasfiye memurunu bildirmeleri, aksi halde ticaret sicili kayıtlarından unvanlarının silineceği, şirkete ait malvarlığının unvanın silinmesinden itibaren on yıl sonra Hazineye intikal edeceği ve bunun kesin olduğu açıkça vurgulanır (TTK Geçici m. 7/IV-b; Tebliğ m. 7/I-a).

TTK Geçici m. 7/I'de belirtilen ve kolaylaştırılmış tasfiye kapsamında yer alan diğer şirketlere de aynı şekilde iki ay içinde tasfiye memurunu bildirmeleri, aksi halde ticaret sicili kayıtlarından unvanlarının silineceği, şirkete ait malvarlığının unvanın silinmesinden itibaren on yıl sonra Hazineye intikal edeceği bildirilir. Ancak bu kategorideki şirketler, faaliyetlerine devam etmek istiyorlarsa kendilerinden ayrıca münfesi olma nedenini ortadan kaldıran işlemleri yaparak ispat edici belgeleri bildirmeleri istenir (TTK Geçici m. 7/IV-c; Tebliğ m. 7/I-b).

Görüldüğü üzere, asgari sermaye koşulunu sağlayamayan şirketler dışında diğer kabuk şirketlerin münfesi olma durumlarını sonlandırma imkânı tanınmış ve tabiri caizse kabuklarından sıyrılıp faal olmalarının önü açılmıştır. Diğer taraftan, kanun koyucunun asgari sermaye konusunda böyle bir imkân tanımamasını, sermaye şirketlerinin “nomos”unu oluşturan “sermayenin korunması ilkesi”yle birlikte yorumlamak gerekir.

İhtar alan veya durumu ilandan öğrenen şirketler, böyle bir ihtar veya ilana rağmen aslında kendilerinin faal olduklarını, ticaret sicilinin yaptığı kabuk şirket saptamasının hatalı olduğunu belirterek ve buna ilişkin delilleri sunarak duruma pekâlâ itiraz edebilirler³⁰. Burada kilit kavram şirketin “faal olması”dır.

30 Şener, *Ek Tasfiye*, s. 239. Böyle bir itirazda bulunulmamasından ötürü anonim veya limited şirket resen sicilden silinirse sicil aleyhine terkin işleminin iptali davası açılarak şirketin yeniden tescili sağlanmalıdır. Özellikle vergi dairelerince yapılan incelemeler sonunda bu gibi ilginç durumlarla karşılaşılabilir. Gerçekten de TTK Geçici m. 7 kapsamında çıkartılan Maliye Bakanlığı Uygulama İç Yönergesi'nde (18.07.2014, Sayı: 76160) vergi dairelerince yapılacak iş ve işlemler faslında buna ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre (m. 3) “Ticaret sicilinden resen silindikleri tescil ve ilan olunan şirketlerin vergi dairesi sicil kayıtlarında faal olduklarının anlaşılması halinde; mükellefin tüm iş yeri adreslerine yapılacak yoklama ile faaliyetine devam edip etmediği tespit edilecektir... Yapılan yoklama sonucunda mükellefin faaliyetine devam ettiğinin tespit edilmesi halinde... tasarrufların adi ortaklığın tesisini gerektirecek şekilde birden fazla ortak tarafından gerçekleştirildiğinin tespiti halinde, söz konusu ortaklar için adi ortaklık şeklinde mükellefiyet kaydı açılması, söz konusu faaliyetlerin ortaklardan yalnızca biri tarafından yürütüldüğünün tespiti halinde ise diğer ortaklar açısından mükellefiyet tesisini gerektiren bir durum bulunmadığından, faaliyette bulunan kişi adına mükellefiyet kaydı açılması... gerekmektedir.” Vergisel bağlamda tesis edilen bu işlem (özellikle mükellefiyetin adi ortaklık şeklinde ihdası) şirketler hukuku için de aynen geçerli kabul edilebilecek midir? Ortaklığın sehven gayri faal kabul edilip sicilden silinmesi durumunda bu soruyu olumsuz yanıtlamak ve daha önce belirttiğimiz üzere terkin kaydının iptali ile şirketin yeniden tescilini dava yoluyla sağlamak gerekir. Ancak ortaklar bu yola başvuramazlarsa o takdirde vergisel bağlamdaki mükellef konumları (adi ortaklık) şirketler hukukuna da şamil olabilir.

Dolayısıyla şirket zaten faalse veya faal duruma gelmişse artık kolaylaştırılmış tasfiye kapsamı dışında tutmak gerekir³¹. Aynı sonuç, aslında asgari sermaye koşulunu sağlamış olup da sicil kayıtlarında limit altında görünen şirketler için de geçerli olmalıdır. Bu ihtimalde, mevcut asgari sermaye miktarını gösterir kanıtlı bilgi sicil müdürlüğüne ibraz edilerek hatalı kaydın tadil edilmesi sağlanabilir. Buna karşılık gerçekte şirketin sermayesi asgari tutarın altındaysa artık şirket bu koşulu yerine getirerek faaliyetine devam edemez, bu durumda şirket tasfiye edilmelidir³².

cc. Tasfiye Memurlarının Atanması, Alacaklıların Alacaklarını ve Şirketin Mali Durumunu Tasfiye Memurlarına Bildirmesi

TTK Geçici m. 7 kapsamında yapılan ihtar ve ilan üzerine, şirket ortaklarından herhangi biri, son kayda göre ticaret şirketinde yetkili gözükenler veya bunların belirleyecekleri üçüncü kişiler tasfiye memuru olarak bildirilebilir³³. Bildirime, tasfiye memuru olarak belirlenen kişinin bu görevi kabul ettiğine dair yazılı beyanı da eklenir. Üçüncü kişiler de tasfiye memuru olarak atanabilmekle birlikte, bu durumda onunla birlikte şirket ortağının veya yöneticilerin tasfiye memuru olarak bildirilmemesi gerekir³⁴. Ayrıca tasfiye memuru bildirmeye yetkili olanlarca aynı anda veya farklı zamanlarda farklı ortakların veya yöneticilerin tasfiye memuru olarak bildirilmesi durumunda, bunların tamamı tasfiye memuru olarak bildirilmiş kabul edilir (TTK Geçici m. 7/V-a; Tebliğ m. 9/I, II- V). Bu durumda aksi kararlaştırılmadığı müddetçe tasfiye memurlarının birlikte hareket etmeleri gerekir (Tebliğ m. 10/V).

Bildirilen tasfiye memurları ile şirketin tasfiye adresi, ilgili ticaret sicil müdürlüğü tarafından tescil edilir ve TTSG ile ilgili odanın internet sitesinde ilan edilir (TTK Geçici m. 7/V-b; Tebliğ m. 11). Ayrıca tasfiye memurlarının duyurusunun yapıldığı bu ilanda, şirket alacaklıları ile kolaylaştırılmış tasfiyeye girecek şirketlerin birtakım bilgileri tasfiye memurlarına bildirmeleri istenir. Bu kapsamda şirket alacaklıları, iki ay içinde alacaklarını delillerle birlikte ilgili

31 Burada “faal” olmaktan kasıt, şirketin TTK Geçici m. 7/I a-e bentleri kapsamına girmemesidir. Buna göre, bir anonim şirket her ne sebeple olursa olsun son beş yıldır genel kurulu toplayamamışsa o şirket dış ilişkilerini sürdürüyor olsa bile faal kabul edilemez.

32 Songur, s. 1015-1016.

33 Olağan tasfiye usulünde ise kademeli sistem geçerlidir. Öncelikle şirket sözleşmesinde tasfiye memuru belirlenmişse tasfiye sürecinin başlamasıyla birlikte yetkiler o kimseye geçer. Böyle bir belirleme yapılmamışsa genel kurul kararı ile tasfiye memuru atanabilir. Böyle bir karar da alınmazsa tasfiye, anonim şirketlerde yönetim kurulu, limited şirketlerde müdür (müdürler kurulu) tarafından gerçekleştirilir (TTK m. 536/I; TTK m. 643).

34 Düzenlemeden üçüncü kişilerin son çare olarak tasfiye memuru atanabileceği anlaşılmaktadır (Oğuz, s. 152). Öyle ki ortaklar veya yöneticilerle birlikte üçüncü kişiler de tasfiye memuru olarak bildirilmişse üçüncü kişiler tasfiye memuru olarak bildirilmiş sayılmazlar (Tebliğ m. 9/IV).

tasfiye memurlarına bildirmeye davet edilir (TTK Geçici m. 7/V-c, c. 1; Tebliğ m. 11/ II-a). Böylelikle tasfiyeyi kolaylaştıran ilk faktör ortaya çıkar. Zira normal tasfiye sürecinde alacaklılara, alacaklarını bildirmeleri için üç kez ilana çıkılması şart koşulmuşken (TTK m. 541/I), kolaylaştırılmış tasfiyede tek bir ilan yeterli görülmüştür.

Bunun dışında, aynı ilanda tasfiyeye girecek şirketin mevcut malvarlığı ile alacak ve borçlarını gösterir listenin belgeleriyle birlikte ilan tarihinden itibaren bir ay içinde anonim şirketlerde yönetim kurulu, limited şirketlerde ise müdür veya müdürlük tarafından ilgili tasfiye memuruna bildirilmesi ihtar olunur (TTK Geçici m. 7/V-c, c. 2; Tebliğ m. 11/ II-a).

Tasfiye memurunun atanmasını ve alacaklılar ile şirketin anılan bilgileri tasfiye memurlarıyla paylaşmasını konu edinen bu tür ilanlar, Tebligat Kanunu kapsamında yapılmış tebligat yerine geçer (TTK Geçici m. 7/V-d; Tebliğ m. 11/ III).

dd. Kolaylaştırılmış Tasfiye Yönteminin Uygulanması

aaa. Borca Batık Durumdaki Kabuk Şirketlerin Tasfiyesi

Tasfiye memurlarının hazırladığı bilançoya göre³⁵, şirketin borca batık olduğu anlaşılırsa durum tasfiye memurlarınca derhal alacaklılara bildirilir ve onlardan şirketin iflası için mahkemeye başvurmaları istenir³⁶. Aynı bildirimde, bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde şirketin iflası için mahkemeye müracaat edildiği bildirilmezse şirket kaydının silineceği ihtar olunur (TTK Geçici m. 7/VI-b; Tebliğ m. 12/ VII).

Bu bildirim ve ihtar üzerine iki ihtimal gündeme gelebilir:

- Alacaklılardan birisi şirketin iflasını dava ederse mahkeme iflasın açılmasına karar verir. Bu durumda tasfiye, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu³⁷ hükümlerine göre gerçekleştirilir. Borca batıklıkta kolaylaştırılmış tasfiye bu şekilde mahkeme kanalıyla gerçekleşir.
- Verilen süre içerisinde alacaklılar şirketin iflası için mahkemeye müracaat

35 Gerek olağan gerekse de kolaylaştırılmış tasfiyede, tasfiye memurlarınca üç farklı bilanço kaleme alınabilir. Bunlardan birinci başlangıç bilançosudur. Bu bilançoyla ortaklığın hali hazırdaki malvarlığı durumu tespit edilerek malvarlığına ilişkin muhtemel satış fiyatının belirlenmesi amaçlanır (Oğuz, s. 155; Tath, s. 81, dn. 31). Tasfiyenin uzun sürmesi durumunda ise her yıl sonu için tasfiyeye ilişkin ara bilançolar düzenlenebilir. Nihayet tasfiye sonunda ise kesin bilançonun düzenlenmesi gerekir (Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri*, 8. Basım, Dora Yayınları, Bursa, 2021, s. 389).

36 Normal tasfiye usulünde, borca batıklık durumunda şirketin iflasını isteme yükümlülüğü tasfiye memurlarına aittir (TTK m. 542/I-c) TTK Geçici m. 7 kapsamında alacaklılara aittir (Şener, *Ek Tasfiye*, s. 242; Tath, s. 81, dn. 32).

37 RG, 19.06.1932, S. 2128.

ettiklerini bildirmezlerse tasfiye memurlarının başvurusu üzerine ilgili şirketin unvanı sicilden silinir ve durum TTSG'de ilan edilir. Bu durum, borca batık şirketlerde tasfiyeyi kolaylaştıran önemli bir unsur teşkil eder³⁸.

bbb. Borca Batık Olmayan Kabuk Şirketlerin Tasfiyesi

Tasfiye memurlarının düzenlediği bilançoda şirketin borca batık olmadığı anlaşılırsa TTK Geçici m. 7/XV kapsamında tasfiyenin prensip olarak TTK'da öngörülen tasfiye kurallarına göre yapılması icap eder. Bununla birlikte TTK Geçici m. 7/VII'de buna önemli bir istisna getirilmiştir. Buna göre kabuk şirketlerin tasfiyesinde, ilgili kanunlarda veya esas sözleşmelerde genel kurul kararı alınmasını zorunlu kılan hükümler devre dışı bırakılmıştır.

Dikkat edilirse borca batık olmayan şirketlerde tasfiyeyi kolaylaştıran faktör tam bu noktada ortaya çıkmaktadır. Zira bu ihtimalde artık genel tasfiye usulünü düzenleyen TTK m. 542/I-d'den farklı olarak tasfiye sonunda tasfiye memurlarınca hazırlanan kesin bilançonun genel kurula sunulmasına ve onaylanmasına ihtiyaç duyulmayacaktır. Keza aynı şekilde, tasfiye memurlarının şirketin önemli miktardaki malvarlığının toptan satılması için TTK m. 408 ve m. 538/II kapsamında genel kuruldan onay almaları da gerekmeyecektir³⁹. Böylelikle açılış bilançosuna göre değerlemeye tabi tutulan malvarlığının hızlıca satışa çıkarılması ve nakde çevrilmesi mümkün hale gelmektedir.

ee. Kolaylaştırılmış Tasfiyede Süre ve Tasfiyenin Son Bulması

Alacaklılar, kabuk şirketlerden olan alacaklarını bildirdikten sonra tasfiye memurları şirketin bilançosunu hazırlar ve tasfiyeyi altı ay içinde sonlandırır. Gerekli hallerde bu süreyi aşmamak kaydıyla (Gümrük ve) Ticaret Bakanlığı tarafından bir defaya mahsus olarak ek süre verilebilir (TTK Geçici m. 7/VI-a; Tebliğ m. 12/ I). Dolayısıyla kanun koyucu toplamda en fazla bir yıllık sürede kabuk şirketlerin tasfiyesinin tamamlanıp bunların sicilden silinmesini amaçlamıştır⁴⁰.

Borca batık olmayan kabuk şirketlerde, açılış bilançosunun düzenlenmesinden ve aktif değerlerin satışından sonraki aşamada, olağan tasfiye usulüne ilişkin kurallar aynen uygulanır. Yani sırasıyla şirketin varsa vergi borçları ödenir, ardından alacaklılara gerekli ödemeler yapılır, daha sonra şirket ortaklarına

38 Bu ihtimal esasen tipik bir "tasfiyesiz terkin" durumudur ve aşağıda ilgili başlıkta tekrar ele alınmıştır. Bu başlıkta tekrara düşmek pahasına anılmasının sebebi, borca batıklığın TTK Geçici m. 7 anlamındaki sonuçlarını bir bütün halinde gözler önüne serebilmektir.

39 Oğuz, s. 155.

40 Kabuk şirketlerin en çok bir yıl içinde sicilden silinmelerinin öngörülmesinin TTK m. 543/II'deki bloke süresinin uygulanmasını olanaksız hale getirmesi hususunda bkz. Şener, *Ek Tasfiye*, s. 242.

sermaye paylarının nakden iadesi gerçekleşir. Tüm bu ödemelerden sonra tasfiye artığı kalırsa bu da payları oranında ortaklara üleştirilir (Tebliğ m. 12/IV)

Tasfiye memurlarınca düzenlenecek son ve kesin bilançonun ticaret sicil müdürlüğüne verilmesi ile birlikte -kolaylaştırılmış- tasfiyenin sona erdiği kabul edilir ve şirketin unvanı ticaret sicilinden silinerek TTSG'de ilan edilir (TTK Geçici m. 7/VIII, c. 1; Tebliğ m. 12/ V).

İflasına karar verilen şirketlerin ise iflas işlemlerinin tamamlandığının bildirilmesi üzerine şirketin unvanı ticaret sicilinden silinir ve durum TTSG'de ilan edilir (TTK Geçici m. 7/VIII, c. 2).

b. Tasfiyesine Daha Önce Başlanmış Kabuk Şirketlerin Kolaylaştırılmış Tasfiyesi

aa. 6102 sayılı TTK Yürürlüğe Girmeden Önce Tasfiyesine Başlanmış Ancak Kesin Bilançosunun Onaylanması İçin Bir Türlü Genel Kurulu Toplayamayan Kabuk Şirketlerin Kolaylaştırılmış Tasfiyesi

6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesinden önce tasfiyesine başlanmış olup da usulüne uygun olarak çağrılan genel kurulun iki kez üst üste toplanamaması durumunda, tasfiye memurlarınca hazırlanan son ve kesin bilançonun ticaret sicil müdürlüğüne tevdi edilmesiyle birlikte tasfiyenin sona ereceği ve unvanın ticaret sicilinden terkin edilerek durumun TTSG'de ilan edileceği hususu kabul edilmiştir (TTK Geçici m. 7/X, c. 1; Tebliğ m. 14).

Böylelikle kanun koyucu, tasfiye sürecini başlatmayan veya başlatma niyeti olmayan kabuk şirketlerin yanı sıra tasfiye sürecini başlatmakla birlikte genel kurul mekanizmasını işletemeyen ve bu sebeple zamanla kabuk hale gelen şirketlerin de yarım kalan tasfiyelerini kolay bir şekilde tamamlayabilmelerine zemin hazırlamıştır. Bu itibarla, tasfiye memurlarının kesin bilançoğu ticaret sicil müdürlüğüne sunması, şirketin terkin edilmesi noktasında yeterli görülmüştür⁴¹. TTK Geçici m. 7 ileride sürekli hale gelirse veya geçici uygulamalarla belirli periyotlara yayılmak istenirse, bu şekilde genel kurul engeline takılarak tasfiyesi yarım kalan şirketlerin de kapsama alınması isabetli olacaktır.

41 Öğretide bir görüşe göre, bu durumda tasfiye memurlarının kesin bilançonun onaylanması için mahkemeye başvurmaları mümkün olmakla birlikte, kanun koyucu bu prosedürü gereksiz görmüş ve kesin bilançonun sicile sunulmasıyla terkin olgusunun gerçekleşebileceğini öngörmüştür (Şener, *Ek Tasfiye*, s. 242; Serkan Ayyıldız, *Türk Ticaret Kanunu'nun Tasfiye Hükümleri İşığında Geçici 7. Maddeye Göre Anonim Şirketlerin Tasfiyesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı, 2019, s. 82, dn. 364).

bb. Ticaret Bakanlığının Talebiyle Mahkemece Feshine Karar Verilmiş ve Tasfiyesine Başlanmış Kabul Şirketlerin Kolaylaştırılmış Tasfiyesi

TTK Geçici m. 7'de düzenlenmemekle birlikte Tebliğ kapsamında, Ticaret Bakanlığının açmış olduğu dava sonunda mahkemece feshine karar verilen ve kendilerine tasfiye memuru atanan şirketler de bazı durumlarda kolaylaştırılmış tasfiyeye tabi kılınmıştır⁴².

Tebliğ uyarınca bu tür şirketlerde bazı ihtimaller söz konusu olduğunda kolaylaştırılmış tasfiye gündeme gelebilir. Buna göre, tasfiye memurunun çağrısına rağmen alacaklılar bildirimde bulunmazsa, şirketin herhangi bir malvarlığı yoksa, şirketin bilgi ve belgeleri tasfiye memuruna verilmezse veya tasfiye memurunca bunlara erişim sağlanamazsa durum Ticaret Sicil Müdürlüğüne bildirilir ve başkaca bir işlem yapmaya gerek olmaksızın şirketin unvanı ticaret sicilinden silinir ve bu husus TTSG'de ilan edilir (Tebliğ m. 14/4-a; m. 12/X).

Keza tasfiye memurunca hazırlanan açılış bilançosu kapsamında şirketin borca batık olduğu anlaşılırsa durum tasfiye memurunca derhal alacaklılara bildirilir ve bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde iflas davası açmaları ve davayı açtıklarını kendilerine bildirmeleri hususunda ihtar çekilir. Alacaklılar tarafından anılan sürede bildirim yapılmazsa tasfiye memurunun başvurusu üzerine şirketin unvanı sicilden silinir ve durum TTSG'de ilan edilir (Tebliğ m. 14/4-b; m. 12/IX).

3. Kabuk Şirketlerin Tasfiyesiz Terkini

TTK Geçici m. 7'de kolaylaştırılmış tasfiyeye ilişkin düzenlemelerle birlikte bir adım daha ileri gidilmiş ve kabuk şirketlerin tasfiyesiz terkinine ilişkin üç temel durum kaleme alınmıştır. Buna göre;

- TTK Geçici m. 7/IV uyarınca ortaklığa yapılan ihbar ve ilana rağmen, süresi içinde cevap vermeyen veya tasfiye memurunu bildirmeyen yahut durumunu kanuna uygun hale getirmeyen veya faaliyette bulunduğunu adres ve kanıtlarıyla birlikte bildirmeyen şirketlerin unvanı ticaret sicilinden resen silinir. Ayrıca bu durum, TTSG'de ve ilgili odanın internet sitesinden ilan edilir (TTK Geçici m. 7/XI, Tebliğ m. 13/I). Belirtelim ki bu ihtimalde, aşağıdaki ihtimallerden farklı olarak tasfiye memurunun bildirimini olmaksızın ticaret siciline şirket kaydı resen terkin edilmektedir. Oysaki aşağıdaki ihtimallerde terkin işlemi, tasfiye memurunun bildirimini üzerine gerçekleşmektedir.
- TTK Geçici m. 7/V-c kapsamında, şirketin mevcut malvarlığı ile alacak ve borçlarını gösterir listenin belgeleriyle birlikte tasfiye memurlarına verilme-

42 Bkz. yuk. I, B, 1, e.

mesi veya tasfiye memurunun bu bilgi ve belgelere erişememesi halinde, tasfiye memuru durumu ticaret sicil müdürlüğüne bildirir. Bildirimi takiben başka bir işleme gerek kalmaksızın şirketin unvanı silinir ve bu husus TTSG'de ilan edilir (TTK Geçici m. 7/ IX; Tebliğ m. 12/X).

- TTK Geçici m. 7/VI-b kapsamında tasfiye memurlarınca hazırlanan bilançoda şirketin borca batık olduğu anlaşılır ve alacaklılar tanınan sürede iflas davası açıp durumu bildirmezlerse tasfiye memurunun başvurusu üzerine şirketin unvanı ticaret sicilinden silinir ve bu durum TTSG'de ilan edilir (TTK Geçici m. 7/VI-b; Tebliğ m. 12/IX).

Şirketlerin tasfiyesiz terkin edilmesi durumunda, söz konusu şirketlerin ortaya çıkabilecek malvarlıklarının terkin tarihinden itibaren on yıl sonra hazineye intikal edeceği, ancak hazinenin bu şirketlerin borçlarından sorumlu tutulamayacağı esası benimsenmiştir (TTK Geçici m. 7/XV).

D. Terkin Edilen Kabuk Şirketlerin İhyası

1. İhyayı Talep Etmekle Yetkili Olanlar

TTK Geçici m. 7 kapsamında kolaylaştırılmış tasfiyeyle veya tasfiyesiz olarak terkin edilen şirketlerin ihyasına yönelik bir imkân da getirilmiştir. Buna göre, “düzenlemenin ilk halinde” ticaret sicilinden kaydı silinen şirketlerin alacaklıları ile hukuki menfaati bulunanlar, haklı sebepleri ileri sürmek koşuluyla silinme tarihinden itibaren beş yıl içinde mahkemeye başvurarak şirketin ihyasını isteyebilmeleri öngörülmüştü (TTK Geçici m. 7/XV, son cümle, Tebliğ m. 16/II). Ancak daha sonra, kuralda geçen “silinme tarihinden itibaren beş yıl içinde” ibaresi, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁴³.

Bunun dışında, düzenleme kapsamında dikkati çeken bir diğer husus kanun koyucunun “ihya” kavramını kullanmış olmasıdır. Bu durum, TTK m. 547'de “ek tasfiye” olarak ifade edilen kurumun TTK Geçici m. 7'de ihya şeklinde anılmış olabileceğini akla getirmektedir. Kanun koyucunun bu tercihinin bilinçli olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, ihya ile kastedilen aslında ek tasfiyedir ve TTK Geçici m. 7'deki kullanım, terminolojik bütünlüğü bozarak kavram kargaşasına sebep olmuştur⁴⁴. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, TTK Geçici m. 7'de zikredilen ihya, bazı hallerde ek tasfiyeyi de bünyesinde barındırabilen daha geniş bir kavramı temsil etmektedir. Zira TTK Geçici m.

43 Bkz. a.ş.a. I, D, 2 ve III, B.

44 Bu hususta bkz. Şener, *Ek Tasfiye*, s. 244; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. IV, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 2761-2762, 2769 (Şerh). Aynı yönde bkz. Yunus Çak, “Anonim Ortaklığın Ek Tasfiyesinde Pasif Husumet Ehliyeti- Karar İncelemesi”, <https://www.academia.edu/108843246>, s. 2 (Erişim Tarihi: 18.01.2024); Al-Kılıç, s. 8, dn. 8. TTK¹⁹⁵⁶ döneminde ihyanın ek tasfiye yerine kullanıldığı yönünde bkz. Ahmet Selim Sarıkaya, “Şirketlerin İhyası”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı 170, 2007, s. 250.

7, kolaylaştırılmış tasfiyeye tabi tutularak terkin edilen şirketleri konu edindiği gibi, tasfiyesiz terkin edilen şirketleri de düzenlemektedir. TTK m. 547’de ifadesini bulan ek tasfiyenin, yalnızca tasfiye ile sona eren şirketleri konu edindiği dikkate alındığında, TTK Geçici m. 7’de ihya kavramının kullanılması bilinçli bir tercih olabilir⁴⁵.

Kanaatimizce hükümde geçen “ihya” kavramını ikinci görüş doğrultusunda değerlendirmek daha doğru olacaktır. Aksi halde, usule aykırı bir şekilde tasfiyesiz veya resen terkin edilen bir şirketin, ihya yoluyla tekrardan hukuki kişilik kazanıp -ek tasfiye söz konusu olmaksızın- faaliyete başlayabilmesini izah etmek güç olacaktır. Bu sebeple TTK Geçici m. 7’de zikredilen “ihya”, somut uyumsuzluğun durumuna göre yalnızca tüzel kişiliği canlandırmaya yönelik olan (yeniden tescil) veya yeniden tescille birlikte ek tasfiye sürecini de kapsayan şemsiye kavram olarak ele alınmalıdır⁴⁶.

İkinci dikkat çekici husus, ihyayı talep etme imkânının, alacaklılar ile ihya dolayısıyla hukuki menfaati bulunanlara tanınmış olmasıdır. Bu açıdan düzenleme, TTK m. 547 ile örtüşmektedir. Ayrıca, TTK Geçici m. 7/IV- V kapsamında şirkete atanan tasfiye memurlarının da ihya talep etmesine engel bir durum bulunmamaktadır. Ancak tespit edilen kabuk şirkete yapılan ihtar ve ilana rağmen tasfiye memuru bildirilmemiş ve bu sebeple şirket resen terkin edilmişse (bkz. TTK Geçici m. 7/XI) zorunlu olarak alacaklılar veya hukuki menfaati bulunanlarca (ortaklar, son yönetim kurulu üyeleri / müdürler vb.) ihya istenebilecektir⁴⁷.

45 Bu yönde bkz. Songur, s. 1023. Öğretide Karahan ise -TTK Geçici m. 7’deki kullanımdan bağımsız olarak- ihya kavramını daha ziyade “tasfiyeden dönme” olarak yorumlamış ve eserlerinde bu manada kullanmıştır. Yazara göre, ek tasfiye ve ihya değişik ihtimalleri düzenleyen birbirinden farklı müesseselerdir. Bir kere ihya, nihai bir kararken ek tasfiye, geçici (ek tasfiye süreciyle sınırlı) niteliktedir. İkincisi, ek tasfiyeye girmiş şirketin amacında (tasfiye amacı) bir değişiklik bulunmaz. Buna karşılık ihyada şirket tekrar faaliyetlerine dönerek aktif olmaya başlar. Nihayet ihya kararının tescili kurucu iken ek tasfiye kararının tescili bildiricidir (Sami Karahan, “Anonim ve Limited Şirketlerde Ek Tasfiye”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı*, Cilt 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 446-447; Sami Karahan, “Anonim ve Limited Şirketlerde İhya ve Tasfiyeden Dönme”, *Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan*, İstanbul, 2003, s. 279-280; Sami Karahan, *Anonim Şirketlerde Tasfiye*, Mimoza Yayınları, Konya, 1998, s. 272). Aynı yaklaşım için bkz. ve karşı. Metin Aytulun, M. Vefa Toroslu, *Anonim Şirketlerde Tasfiye*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2022, s. 104-105. Pulaşlı da şerh çalışmasında bir dönem ihya kavramını tasfiyeden dönme olarak yorumlamış, ancak daha sonra bu görüşünden dönmüştür (Pulaşlı, Şerh, s. 2769, özellikle dn. 304).

46 Bununla birlikte Yargıtay, 6102 sayılı TTK yürürlüğe girdikten ve “ek tasfiye” usulü açıkça yasal zemine kavuştuktan sonra dahi kimi kararlarında -eski alışkanlıktan olsa gerek- ek tasfiyeyi ifade etmek üzere “ihya” kavramını kullanmaya devam etmiştir [Örnek olarak bkz. 11. HD, 28.05.2014, E. 2014/3401, K. 2014/9863 (Bu karar ve kararın tahlili için bkz. Çak, *akademia.edu*, s. 4 vd; 11. HD, 31.05.2018, E. 2018/2308, K. 2018/4209 (Bu karar için bkz. Pulaşlı, Şerh, s. 2762)].

47 Şener, *Ek Tasfiye*, s. 244; Tatlı, s. 83; Mustafa Yavuz, “Yargı Kararları Işığında Ticaret Sicilinden Resen Silinmiş Olan Şirket ve Kooperatiflerin Yeniden İhyası”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 354, 2018, s. 114.

2. TTK Geçici m. 7'in İlk Halinde İhyanın Belirli Bir Sürede İstenebilmesi

TTK Geçici m. 7'nin ilk halinde -sermaye şirketlerinde ek tasfiyeyi düzenleyen TTK m. 547'den farklı olarak- şirketin silinme tarihinden itibaren beş yıl içinde ihyanın istenebilmesi öngörülmüştü. Oysaki aynı dönemde, TTK m. 547 kapsamında alacak varlığını sürdürdüğü sürece alacaklılar ek tasfiye talebinde bulunabilmekteydi. TTK Geçici m. 7'nin ilk hali bu anlamda mevzuat bütünlüğü anlamında ikircikli bir görünüm yarattığı gibi, daha da önemlisi alacaklıların aleyhine bir durum oluşturmuştu. Zira bu düzenleme sebebiyle şirketten olan alacağı henüz zamanaşımına uğramamış olan alacaklılar, şirkete ait malvarlıkları ortaya çıkmasına rağmen, TTK Geçici m. 7 kapsamında şirket silindikten sonra beş yıl geçtiği için ihya yoluyla alacaklarını tahsil edememe tehlikesiyle karşı karşıya kalmışlardı. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 22.06.2023 tarihli ve E. 2023/33, K. 2023/117 sayılı kararında⁴⁸, yeniden tescil (ihya) talebinin silinme tarihinden itibaren beş yıllık süreye bağlanmasının, ihya yolunu işlevsiz hale getirebileceğini ve bunun Anayasa m. 35'te güvence altına alınan mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa m. 40'ta düzenlenen etkili başvuru hakkına aykırı olacağı sonucuna varıp hükümde yer alan "...*silinme tarihinden itibaren beş yıl içinde...*" ibaresini iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, beş yıllık sürenin silinme tarihinden itibaren değil, bunun yerine haklı talebin ortaya çıktığı, talep sahibinin durumu öğrendiği veya öğrendiğinin makul olarak kabul edildiği ve talebin hukuken ileri sürülebilir hale geldiği tarihten itibaren işlemeye başlaması gerekirdi. Dolayısıyla ihyanın talep edilebilirliği ve duruma göre ek tasfiye prosedürünün uygulanabilirliği, alacağın zamanaşımı süresine bağlı olarak bugün dahi mümkün hale gelmiştir.

Bu sebeple, TTK Geçici m. 7 benzeri bir uygulama tekrar hayata geçirilmek istenirse "usulüne uygun olarak" gerçekleşen terkinlerde TTK m. 547'de olduğu gibi, alacaklının "alacak hakkına sahip olduğu sürece" ihya yoluna başvurabilmesi sağlanmalıdır⁴⁹. Buna karşılık tasfiyesiz (resen) gerçekleşen terkin işlemlerinde usulsüzlük iddiaları söz konusuysa ihya davasının açılması noktasında görece daha kısa olacak şekilde -TTK Geçici m. 7'de olduğu gibi beş yıllık- bir hak düşürücü süre getirilebilir⁵⁰. Zira resen terkinle amaçlanan, fonksiyonsuz kalmış bir şirketi tamamen ve en hızlı şekilde sistem dışına itmektir. Ancak

48 Bu kararın kamu hukuku odaklı ayrıntılı tahlili için bkz. aşa. III, B.

49 Öğretide Şener, bu hususta bir süre öngörülecekse en azından genel zamanaşımını düzenleyen TBK m. 146'daki on yıllık sürenin dikkate alınmasını önermiştir (*Ek Tasfiye*, s. 245-246). Aynı yönde bkz. Kaderoğlu, s. 358.

50 TTK Geçici m. 7'deki beş yıllık sürenin hak düşürücü nitelikte olması konusunda bkz. 11. HD, 23.03.2022, E. 2022/405, K. 2022/2295 [Kazancı İçtihat (Erişim Tarihi: 04.04.2024)].

bu ihtimalde de kuşkusuz Anayasa Mahkemesinin iptal kararında vurguladığı ölçütlere göre, yani şirketin resen terkin edildiği tarihten itibaren değil, hakkın öğrenildiği tarihten itibaren sürenin işlemeye başlaması gerekir.

Ayrıca TTK Geçici m. 7, kolaylaştırılmış tasfiye ile veya tasfiyesiz olarak terkin edilen şirketlerin ihyası davalarında, görevli ve yetkili mahkeme konusunda suskun kalmıştır. Bu konuda davanın Asliye Ticaret Mahkemesinde görüleceğinde kuşku yoktur (TTK m. 4/I-a; TTK m. 547/I). Keza tipik şirket uyuşmazlıklarında olduğu gibi, en son şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesini yetkili mahkeme olarak kabul etmek gerekir. Nitekim ek tasfiyeyi kapsayan ihyaolar bakımından bu durum açıkça düzenlenmiştir (TTK m. 547/I).

3. İhya Talebinin Haklı Sebebe Dayanması

TTK Geçici m. 7’de alacaklılar ile hukuki menfaati bulunanların haklı sebeplere dayanarak ihya davası açabilecekleri öngörülmüştür. Haklı sebebin bulunup bulunmadığı konusu mahkemece değerlendirilir. Bu bağlamda yeniden tüzel kişilik kazanımını konu edinen ihya taleplerinde, şirketin TTK Geçici m. 7’deki usullere uyulmadan veya derdest davası bulunuyorken resen terkin edilmesi gibi durumlar haklı sebep olarak değerlendirilebilir. Buna karşılık ihya talebi, ek tasfiye ihtiyacına binaen gündeme gelmişse bu takdirde haklı sebep noktasında TTK m. 547’yi referans almak gerekir⁵¹. Dolayısıyla tasfiye kapandıktan sonra “ek tasfiyenin yapılması zorunlu” ise bu yola başvurulabilmelidir. Şu hâlde, TTK Geçici m. 7 kapsamında şirket kaydı, kolaylaştırılmış tasfiyeyle veya tasfiyesiz olarak terkin edilir ve daha sonra şirkete ait yeni bir malvarlığı tespit edilirse, ek tasfiye için bu durum bir haklı sebep teşkil eder⁵².

4. İhya Prosedürünün Tamamlanması

Kabuk şirketlerin ticaret sicilinden silinmesinden sonra ihya ile daimî olarak veya bir süreliğine yeniden hukuk hayatına dönmelerine mahkemece karar verilmesi halinde, ihya prosedürünün ne şekilde gerçekleşeceği konusunda TTK Geçici m. 7’de özel bir düzenleme öngörülmemiştir⁵³. Özellikle ihyanın kabuk şirketin ek tasfiyesini konu edinmesi durumunda, ek tasfiyenin yine

51 Emrullah Kervankıran, *Anonim Şirketin Tasfiyesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 407.

52 Buna karşılık tasfiye edilecek bir malvarlığı değeri olmaksızın şirkete ait yeni bir durum ortaya çıkarsa ek tasfiye yoluna gitmeye gerek duyulmaz. Örneğin şirket terkin edildikten sonra ödemiş olduğu bir borcun teminatı olarak bir taşınmaz üzerinde ipotek tesisi görünüyorsa bunun silinmesi için ek tasfiyeye başvurmak gerekmez. Asliye Ticaret Mahkemesine başvurarak mahkemece silinme işlemini sağlamak yeterli olur (bu hususlarda bkz. Şener, *Ek Tasfiye*, s. 245).

53 İhya ile birlikte ek tasfiyeye karar verilmesi durumunda mahkemenin tasfiye memuru ataması gerekir. Yargıtay ek tasfiye davalarında tasfiye memuru atanmamasını bozma nedeni olarak kabul etmektedir (bu hususta bkz. Ersin Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2023, s. 305).

TTK Geçici m. 7'deki ilke ve esaslar doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerekir⁵⁴. Şu farkla ki artık usul ekonomisi gereği ek tasfiyeye karar veren mahkemenin aynı zamanda tasfiye memurunu ataması ve süreci TTK Geçici m. 7'nin ruhu-na uygun bir şekilde hızlıca başlatması düşünülebilir⁵⁵. Bu sayede, ticaret sicil müdürlüklerince ihtar ve ilana çıkılması ile ilgililerce tasfiye memurlarının bildirilmesi faslı (yani TTK Geçici m.7/IV- V a bendi) atlanarak doğrudan tasfiye memurları ile bunların adreslerinin ilgili ticaret sicili müdürlüğüne tescili ve ilanı aşamasına (yani TTK Geçici m. 7/ V b bendi) geçilir.

Bundan sonraki süreçte, şirketin yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız “kolaylaştırılmış tasfiye usulüyle” ek tasfiyesi gerçekleştirilmelidir. Özellikle ek tasfiye aşamasında da kesinleşmiş bilançonun genel kurula sunulmasına gerek duyulmaz⁵⁶. Ayrıca şirketin daha önce kolaylaştırılmış tasfiye usulüyle mi yoksa tasfiyesiz mi terkin edildiği hususu bu noktada önemli fonksiyon gösterir. Gerçekten de şirket daha önce kolaylaştırılmış tasfiye usulüyle tasfiye edilmiş ve alacaklılara çağrı prosedürü uygulanmışsa (bkz. TTK Geçici m. 7/V c bendi) bu prosedür atlanarak sürece devam edilebilir. Buna karşılık şirket daha önce tasfiyesiz terkin edilmişse, kanımızca artık daha önce tasfiye edilmemiş bir şirketin ek tasfiyesinden bahsetmek mümkün olmaz. Bu durumda şirketin ih-yayla birlikte normal prosedüre göre tasfiye edilmesi (olağan tasfiye) ve mahkemenin tasfiye işlemlerini yürütmesi için tasfiye memuru ataması gerekir⁵⁷.

E. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

TTK Geçici m. 7'de ifadesini bulan kolaylaştırılmış tasfiye yöntemiyle veya tasfiyesiz olarak gerçekleşen terkin işlemleri, sicillerin aleniyetini pekiştirme ve sicillerde sadeleştirmeye gitmek amacıyla Türk hukukuna özgü bir model olarak tasarlanmıştır. Bu bağlamda kuralın doğrudan mehz alınan bir düzenlemeye dayanmadığı görülmektedir. Ancak Alman yazınında, anonim şirketlerin tasfiyesi konusu ele alınırken -tasfiye prosedürü sürüncemede olanlar bir yana- tasfiyesi gerçekleşen şirketlerin dahi teorik açıdan boş bir “kabuk” olarak varlığını sürdürebileceği, fakat kanun koyucunun bu sonucu hiçbir şekilde amaçlamadığı hususu özel olarak vurgulanmaktadır. Yine bu kapsamda, sicilin saflığını korumak amacıyla anılan türdeki şirketlerin sicilden terkininin sağlanması gerektiği üzerinde durulmaktadır. Buna gerekliliğin sadece sicilin

54 Şener, *Ek Tasfiye*, s. 246; Kervankıran, s. 408.

55 Atanan tasfiye memurlarının tüm tasfiye işlemlerini yeniden yapması gerekmez. Ek tasfiyeyi tetikleyen işlemlerin yapılması yeterli olur (Tath, s. 83-84).

56 Şener, *Ek Tasfiye*, s. 246.

57 Öğretide Şener'e göre ise, tasfiyesiz terkin durumunda da -kolaylaştırılmış tasfiye usulüyle- ek tasfiye prosedürü uygulanabilir. Ancak bu durumda önceden alacaklılara çağrı yapılmamışsa prosedürün bu çağrıyla başlaması gerekir (*Ek Tasfiye*, s. 246).

saflığını korumaya yardımcı olmadığı, anonim şirket müessesesinin korunmasına da hizmet ettiği savunulmaktadır⁵⁸.

Bununla birlikte, çalışma konumuzu ilgilendiren ve “ihya” çatı kavramı altında ele aldığımız ek tasfiyeye yönelik mehz teşkil eden düzenlemelere rastlanmak mümkündür. Ancak bu kurallar ve kurallara yönelik geliştirilen yorumlar, TTK Geçici m. 7 açısından yalnızca kolaylaştırılmış tasfiye bağlamında dikkate alınabilir. Zira tasfiyesiz gerçekleşen bir terkin söz konusuysa, olmayan bir tasfiye sürecinin “ek” formundan bahsetmek de mümkün olamayacaktır.

Bu itibarla öncelikle ek tasfiyeyi konu edinen TTK m. 547 kuralının Alman Paylı Şirketler Kanunu (Aktiengesetz / AktG)

§273/IV'ten esinlenerek kaleme alındığını belirtmek gerekir. Anılan kural uyarınca “*Sonradan başkaca tasfiye işlemlerinin yapılmasının gerekli olduğu ortaya çıkarsa mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine, önceki tasfiye memurlarını yeniden tayin etmek veya başka tasfiye memurları atamak zorundadır. § 265/IV (kuralı burada da) geçerlidir.*”⁵⁹. Alman hukukunda, anonim şirketler için ek tasfiye kurumu tüm sona erme sebeplerini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Buna karşılık limited şirketler özelinde aynı konuda, şirketin malvarlığının bulunmaması nedeniyle feshedilmesinden sonra, dağıtım tabi malvarlığı unsurunun ortaya çıkmasına özgü bir düzenleme getirilmiştir [Alman Limited Şirketler Kanunu (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung / GmbHG) §66/V]. Diğer sona erme sebepleri ve tasfiye işlemleri bakımından ise AktG §265/IV hükmü kıyasen uygulanmaktadır⁶⁰.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda (Obligationenrecht / OR) ise ek tasfiyeye yönelik açık bir kural bulunmamaktadır. Bununla birlikte ek tasfiye kurumu, Ticaret Sicil Yönetmeliği (Handelsregisterverordnung / HRegV) m. 164'te düzenlenen “yeniden tescil” başlığı altında ele alınmıştır. Söz konusu kurala göre, terkin edilen bir tüzel kişinin tasfiyesinin eksik yapıldığının sonradan ortaya çıkması durumunda, tasfiye sürecinin tamamlanabilmesi için tüzel kişi ticaret siciline yeniden tescil edilebilir⁶¹.

58 Gregor Bachmann, “AktG § 273 Schluß der Abwicklung”, (Hrsg.) Eberhart Stillz, Prof. Dr. Rüdiger Veil, “*beckonline- Gross Kommentar AktG*”, Verlag C.H.BECK, München, 2024, N. 1-21, N. 2.

59 Atıfta bulunulan AktG §265/IV'te, tasfiye memurlarının masraf ve ücret talep etme hakkı düzenlenmiştir.

60 Bkz. Alexander Krafka, *Registerrecht*, 12. Auflage, Verlag C.H.BECK, München 2024, No. 1152; Bachmann, AktG §273, No. 2, 24.

61 İsviçre hukukunda şirketlerin ticaret sicilinden terkin edilmesinin hukuki etkisi ve bu kapsamda terkin edilen kaydı yeniden tescilinin gerekli olup olmadığı hususu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre -şirketlerde olduğu gibi- kurucu etkiye sahip bir tescil kaydının terkin de kurucu mahiyettedir (Eva Bilek, Hans Caspar von der Crone, “Voraussetzungen und Kognition hinsichtlich der Wiedereintragung einer Gesellschaft”, *SZW*, 2007, s. 80-89, s. 83). Aksi görüşe göre ise terkin işlemi idari bir

Ayrıca İsviçre yazınında, HRegV m. 164'ün sadece terkin edilen tüzel kişileri kapsadığı, tüzel kişiliği bulunmayan şubelerin veya iflasa ilişkin bazı durumlarda tüzel kişiliğin yeniden tesciline gerek bulunmadığı hususu vurgulanmaktadır⁶². Gerçekten de İsviçre İcra İflas Kanunu (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs / SchK) m. 269 kapsamında, “iflas sonrası işlemler” olarak bilinen ve iflas prosedürünün tamamlanmasından sonra, iflas masasına kaydedilmemiş olan varlıkların ortaya çıkması halinde yürütülmesi gereken işlemler için yeniden tescil şartı aranmamaktadır. Bu durumda, iflas idaresi varlıklara el koymakta ve gelirlerin, başka herhangi bir formaliteye gerek kalmadan zarar gören alacaklılara dağıtılmasını sağlamaktadır. İflas sonrası işlemlerin mahkeme tarafından resmen açılması veya ticaret siciline tescil edilmesi şartı da aranmamaktadır⁶³.

işlem mahiyetinde olduğundan, kurucu etkiyi haiz olmayıp açıklayıcı etki doğurur. Bu itibarla, tam olarak tasfiye edilmemiş şirketler terkin kaydına rağmen aslında tüzel kişiliğini kaybetmiş sayılmaz. Terkin işlemi sadece tasfiyenin tamamlandığı ve tüzel kişiliğin son bulunduğu yönünde bir karine doğurur (Bu yönde bkz. Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag AG, Bern 1996, § 56, No. 152). Bununla birlikte aynı yazarlar, terkin işleminin pratik bir etkisinin bulunduğuna da dikkat çekerek, terkin edilen şirketlerin artık haricen hareket edemeyeceklerini, dava ve takip ehliyetini yitireceklerini, bu nedenle tasfiye edilmemiş hukuki ilişkileri çözmek için yeniden tescillerinin gerekli olabileceğini de vurgulamıştır (No. 153).

62 Şubeler özelinde bkz. Bilek, von der Crone, s. 83.

63 David Rüetschi, “Zum Verfahren der Wiedereintragung ins Handelsregister gemäss Art. 164 HRegV - Zugleich eine Entgegnung auf Philippin, REPRAX 2/2011, 20 ff.”, *REPRAX*, (4), 2011, s. 23-35, s. 28.

II. TTK Geçici m. 7 Kapsamında Terkin Edilen Şirketlere İlişkin Güncel İstatistiki Veriler, Saha Çalışmasına Yönelik Kamusal Dönüt ve Tespitler

A. TTK Geçici m. 7 Kuralının Uygulanmasına Yönelik Güncel İstatistiki Veriler

Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün 26.03.2024 tarihli yazısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinden temin edilen yıllara yaygın güncel verilere göre, TTK Geçici m. 7 kapsamında yapılan işlem sayıları şu şekildedir:

	İhtar Edilen Şirket	Kaydı Silinen Şirket			
		Anonim Şirket	Limited Şirket	Kooperatif	Toplam
2013	208.986	18.915	85.554	18.686	123.155
2014	134.953	11.588	118.433	15.330	145.351
2015	28.457	2.360	54.615	1.274	58.249
2016	0	46	607	24	677
2017	0	4	16	0	20
2018	0	2	14	0	16
2019	0	4	10	3	17
2020	0	1	0	0	1
2021	0	0	4	3	7
2022	0	0	2	0	2
2023	0	0	3	0	3
2024	0	0	0	0	0
TOPLAM	372.396	32.920	259.258	35.320	327.498

Tabloda görüldüğü üzere, TTK Geçici m. 7'nin ilk yürürlüğe girdiği yıldan, geçici uygulamanın sona ermesinin planlandığı 2015 yılına kadar yoğun bir şekilde uygulandığı görülmektedir. Özellikle 2014 yılından sonra keskin bir düşüş yaşanmış ve daha sonra tedricen terkin edilen şirket sayısı tek haneli sayılara kadar düşmüştür. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin kabuk şirketlerden alacaklı olanların ihya davası açmaları için kanunun aradığı beş yıllık hak düşürücü süreyi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmesi, TTK Geçici m. 7'yi tekrardan hukuk hayatına döndürmüştür. Bu itibarla, alacağı zamanaşımına uğramamış alacaklılar bugün dahi TTK Geçici m. 7/XV kapsamında ihya davası açabilmektedir.

B. Saha Çalışmasına Yönelik Kamusal Dönüt ve Tespitler

Tasfiyelerde şirketi kendi haline bırakmanın hukuki bir yaptırımının olmaması eleştirilebilir bir husus olarak dikkat çekmektedir. Buna karşılık, TTK Geçici m. 7 gibi birtakım düzenlemeler getirip kabuk şirketleri ve yöneticilerini geçici de olsa rahatlatma yaklaşımı, daha sonraki dönemler için bu tür yapılanmalarda söz sahibi olan kişilerde makul bir beklenti doğuracaktır. Bu bek-

lenti, sosyolojik açıdan toplumda yerleşik olan ve kamu alacakları noktasında birçok mükellefin zihni kaydında yer alan “nasıl olsa af çıkar” beklentisine benzetmek mümkündür. Bu bağlamda, TTK Geçici m. 7'nin tekrardan geçici bir süreliğine de olsa gündeme gelmesi bu beklentiyi pekiştirmekte, kabuk şirketlerin daha da atıl kalmalarına sebep olmaktadır. Kamusal dönütlerden edindiğimiz izlenime göre, kabuk şirket sorununu bu şekilde çözmeye çalışmak, tabiri caizse hastalığı ortadan kaldırmamakta, sadece semptomları yok etmektedir. Bu sebeple meseleye daha fonksiyonel ve bütüncül bir bakış açısıyla yaklaşım kamu otoritesinin tasfiye prosedürüne ilişkin idari ve mali süreçlerde şirketlere kolaylık sağlaması daha etkili bir çözüm olacaktır. Özellikle tasfiye masraflarının düşürülmesi, tasfiye sürecini aksatan prosedürlerde kolaylık sağlanması -genel kurul kararı gereken hallerde toplantı ve karar nisaplarının düşük tutulması gibi- ve tasfiye yapmaksızın şirketi gayri faal hale dönüştüren başta yöneticiler olmak üzere tüm ortaklara caydırıcı mahiyette idari para cezalarının öngörülmesi daha akılcı bir yaklaşım olacaktır.

Bunun dışında, TTK Geçici m. 7'nin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı ilk uygulamalarda ihya ve ek tasfiye süreçlerinin birbirlerine karışmış olması, uygulamada ticaret sicil müdürlükleri adına önemli zorlukları beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda, sahip oldukları hukuki sorumluluğun önemi dikkate alındığında, ticaret sicil müdürlükleri adına sorumluluğun olası etkilerini bertaraf etmek adına kapsamlı bir yönetici sorumluluk sigortasının yasal çerçevede düzenlenerek uygulamaya dahil edilmesi düşünülmelidir. TTK Geçici m. 7'nin gai yorum çerçevesinde ele alınması ve içinde bulunulan zamanın hukuki ve ekonomik gelişmelerine uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Esasen gai yoruma göre, yasa metni sadece düzenlendiği dönemin değil, her dönemin beklentilerini karşılamak durumundadır⁶⁴.

III. TTK Geçici m. 7'nin Yargı Kararlarıyla Şekillendirilmesi

A. Yargıtayın TTK Geçici m. 7 Kapsamında Geliştirdiği İçtihatlar

1. Maddi Hukuka Yönelik Geliştirdiği İçtihatlar

a. Münfesih Olan veya Münfesih Sayılan Şirketlerin Yanlış Tespit Edilmesi Durumunda İhya Suretiyle Terkin Kaydının İptal Edilmesi

Bilindiği üzere, şirketlerin TTK Geçici m. 7 kapsamına girip girmedikleri ticaret sicil müdürlüklerince resen yahut ihbar üzerine gerçekleşen araştırma sonucunda tespit edilir. Bu tespiti dayanan terkin işleminin hatalı olması, hukuka

64 Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt:1*, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020, s. 275.

aykırılık teşkil eder ve dava yoluyla işlemin iptali sağlanabilir⁶⁵. Yargıtay da bir kararında (15. HD, 25.09.2017, E. 2016/4030, K. 2017/3107) TTK Geçici m. 7 kapsamında sicil müdürlüklerince hatalı tespite dayalı terkin işlemlerinin ihya davası yoluyla iptalinin sağlanabileceğine hükmetmiştir⁶⁶. Bu kararın ilgili kısmı şöyledir: “... Davacı- birleşen dosyalar davalısı ... İnş. Tic. ve San. A.Ş iken ... İnş. Tic. ve San. A.Ş unvanını alan şirketin, dava derdest iken, TTK'nın geçici 7. maddesi uyarınca re'sen feshine karar verildiği anlaşılmaktadır. Oysa Ticaret Kanunu'na 6335 sayılı Yasa'nın 38. maddesiyle eklenen geçici 7. maddenin 2. fıkrasında; davacı veya davalı sıfatında devam eden, davaları bulunan şirket veya kooperatiflere bu madde hükmü uygulanmaz düzenlemesi bulunduğu gibi, aynı maddenin 15. fıkrasının 5. cümlesi uyarınca, ticaret sicilinden kaydı silinen şirket veya kooperatiflerin alacaklıları ile hukuki menfaatleri bulunanlar hakkı sebeplere dayanarak silinme tarihinden itibaren 5 yıl içinde mahkemeye başvurarak şirket veya kooperatifin ihyasını isteyebilirler. Davacı şirket hakkında da derdest davanın bulunduğu çekişmesizdir. Bu durumda davada taraf teşkili bozulmuş, davacının haiz bulunması gereken dava şartı olan taraf ehliyeti koşulu ortadan kalkmıştır. Hâl böyle olunca öncelikle bu eksikliğin giderilmesi anılan şirketin terkininin iptâlini (ihyasını) sağlanması için süre verilmesi gerekir. Taraf teşkili sağlanmadan yargılamanın devamı mümkün değildir.”

Dikkat edilirse alıntılanan kararda ek tasfiye değil, ihya kavramı kullanılmıştır. Zira TTK Geçici m. 7 kapsamında hatalı olarak gerçekleşen tespitlerde, şirketin ihyasının ek tasfiyeye yönelik olması şart değildir. Yargıtayın konuyla ilgili diğer bazı kararları bütün olarak ele alındığında, TTK Geçici m. 7 kapsamında ihya kavramının ek tasfiyeye indirgenmediği, bunun yerine, şirketin yeniden tüzel kişiliğini kazanmasını sağlayan bir imkân olarak ele alındığı anlaşılmaktadır⁶⁷. Nitekim TTK Geçici m. 7 kapsamında usulsüz tebligata dayanan terkin işleminin iptaline konu olan bir kararda (11. HD, 20.11.2017, E. 2016/8629, K. 2017/6341) bu husus açıkça anlaşılmaktadır⁶⁸. Kararın ilgili

65 Hatalı tespite yönelik açılan davaların büyük ölçüde resen terkinine dayandığı noktasında bkz. Songur, s. 1023-1024, özellikle dn. 71.

66 Kararın tam metni için bkz. Yargıtay Karar Arama (Erişim: 31.01.2024). Ayrıca bkz. Songur, s. 1024, dn. 76.

67 Gerçekten de emsal yöndeki diğer daire kararlarına bakıldığında, TTK Geçici m. 7'deki usule aykırı olarak gerçekleşen terkinlerde, şirketin yeniden tüzel kişiliğinin kazanmasına yönelik ihya kararlarının verildiği görülmektedir (Yavuz, s. 114). Aynı yönde doktrinel görüşler için bkz. Songur, s. 1023; Ayyıldız, s. 94-96; Kervankıran, s. 406. Tüm bu yazarlar haklı olarak TTK m. 547'de ek tasfiye talebi için “zorunluluk” kistasının, buna karşılık TTK Geçici m. 7'de ihya başvurusu için haklı sebep kistasının aranmasını gerekçe göstermekte ve TTK Geçici m. 7'nin ek tasfiyeden daha geniş bir anlama sahip olduğunu savunmaktadır.

68 Kararın tam metni için bkz. Yargıtay Karar Arama (Erişim Tarihi: 06.02.2024). Aynı yönde bir başka karar için bkz. 11. HD, 15.06.2020, E. 2020/1592, K. 2020/2881 [Kazancı İçtihat (Erişim Tarihi: 04.03.2024)].

kısmı şöyledir: “ *Dava, ... İşlem Mühendislik Ltd. Şti'nin ihyası ile yeniden ticaret siciline kaydı istemine ilişkindir. Davacı, ihyası istenen şirketin halen ticari faaliyetinin devam ettiğini, davalı tarafından usulüne uygun bir bildirim yapılmaksızın resen terkin edildiğini ileri sürmüştür... Somut olayda... Ticaret Sicil Müdürlüğüne gönderilen cevabi yazı ekindeki belgelerde sadece Ticaret Sicil Gazetesi ilanı bulunmakta olup TTK'nin geçici 7. maddesinin 4/a fıkrasında gösterildiği gibi ayrıca ilgililere ihtar gönderildiğine ilişkin bir belge sunulmamıştır. Bu durumda resen terkin işlemi yapılan şirketin temsil ve ilzam ile yetkilendirilmiş yöneticilerine ihtar gönderilmediği, şirketin sicil kaydının usulüne uyulmadan silindiği anlaşıldığından mahkemece, şirketin ihyası ile yeniden ticaret siciline tesciline karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken ticaret siciline tescil işleminin ek tasfiye ile sınırlı tutulması ve ihyaya edilen şirkete yöneticisi dışında tasfiye memuru atanması yerinde olmamış, bozmayı gerektirmiştir...”*

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 13.12.2023 tarihli kararında (E. 2023/340, K. 2023/1236) TTK Geçici m. 7'deki ihyaya kavramını oldukça dar yorumlamış ve kolaylaştırılmış usulle veya tasfiyesiz yöntemle terkin edilen şirketlerin ek tasfiye söz konusu olmadan yeniden hukuk dünyasına dönmesi şeklinde değerlendirmiştir. Kararda ilgili yorumun geçtiği kısım şöyledir⁶⁹: “... *Esasen bu tür sebeplere dayalı olarak açılan davada şirketin ihyasını talep eden davacı, ticaret sicil müdürlüğüne münfesi kabul edilerek terkin edilen şirketin varlığını devam ettirdiğini veya resen terkin sürecinin hukuka aykırı olarak işletildiğini ileri sürerek bir nevi gerçekleştirilen terkin işleminin iptalini istemekte olup davanın kabulü hâlinde verilecek olan ihyaya kararı da şirketin terkin işleminin iptali niteliğinde olacaktır. Buradan hareketle hukuka aykırı terkin işlemi nedeniyle 6102 sayılı Kanun'un Geçici 7 nci maddesinin onbeşinci fıkrasına dayalı olarak açılan dava sonrasında verilecek ihyaya kararı, 6102 sayılı Kanun'un 547 nci maddesi anlamında ek tasfiye olarak nitelendirilemez. Zira hukuka aykırı şekilde anılan geçici madde kapsamında terkin edilen şirketin ihyasında amaç, eksik kalmış tasfiye işlemlerinin tamamlanarak şirketin tekrar ticaret sicilinden silinmesinden ziyade hukuka aykırı terkin işleminin iptaliyle şirketin usulsüz terkin öncesindeki hukuki statüsüne kavuşturulmasıdır. Böyle bir karar sonrasında ihyasına karar verilen şirket, herhangi bir şekilde tasfiye aşamasına girmeksizin hukuken varlık kazanır...”*

69 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 13.12.2023 tarihli ve 2023/340 E., 2023/1236 K. sayılı karar (Karar için bkz. Lexpera, Erişim Tarihi: 13.02.2024).

Kanımızca, TTK Geçici m. 7'deki "ihya" kavramını daha önce vurguladığımız üzere, bazı hallerde ek tasfiyeyi içerecek şekilde üst kavram olarak kabul etmek isabetli olur. Zira somut uyumsuzluğun niteliğine göre, TTK Geçici m. 7 kapsamında ek tasfiye gerektirmeyen bir ihya talebinde bulunulabileceği gibi, ek tasfiyeyi sağlamak adına da böyle bir talepte bulunulabilir. Bu sebeple TTK Geçici m. 7 tecrübesine göre ihyayı, her zaman ek tasfiyenin ikamesi olarak düşünmemek gerekir.

b. TTK Geçici m. 7 Kapsamında Terkin Edilen Şirketlerin Ek Tasfiyesi

TTK Geçici m. 7 uyarınca sicilden terkin edilen şirketin daha sonra borcu veya malvarlığı değeri ortaya çıkmışsa artık ihya davasının konusu, ek tasfiye işlemini de kapsar. Bu durumda mahkemece ihya kararının ek tasfiye işlemi ile sınırlı olarak verilmesi ve ek tasfiyeyi yapacak tasfiye memurunun atanması gerekir⁷⁰. Bu gibi hallerde, TTK Geçici m. 7/XV ile ek tasfiyeyi düzenleyen TTK m. 547 kuralını birlikte uygulamak gerekir.

Bununla birlikte HGK, bir önceki alt başlıkta zikrettiğimiz 13.12.2023 tarihli kararında (E. 2023/340, K. 2023/1236), TTK Geçici m. 7 kapsamında hangi yöntem uygulanmış olursa olsun (kolaylaştırılmış tasfiyeyle veya tasfiyesiz terkin), daha sonra ek tasfiye gereken durumlarda, terkin işleminde usulsüzlük bulunsa dahi, usulsüzlüğün tespitinin ve terkin kaydının iptalinin (şirketin ihyasının) istenmesinde hukuki yararın bulunmadığını, mahkemelerin bu tür araştırmalara girmeden, TTK 547 kapsamında doğrudan ek tasfiyeye hükmedebileceği sonucuna ulaşmıştır⁷¹. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "... Yukarıda da bahsedildiği üzere ek tasfiye, şirketin tasfiyesinin tamamlanıp kapanarak şirketin ticaret sicilinden terkin sonrası başkaca tasfiye tedbirlerinin alınmasının zorunlu olduğunun anlaşılması hâlinde başvurulabilecek bir tedbirdir. Şirket ticaret sicilinden terkin edildikten sonra tasfiye işlemlerinin eksik yahut kanuna aykırı yapıldığının anlaşılması, şirkete ait tasfiye aşamasında değerlendirilmemiş mal varlığı değerlerinin bulunması, organlara karşı sorumluluk davası açılması, şirkete karşı açılmış dava veya icra takibinin bulunması gibi şirketin hukuken temsilinin gerektiği durumlarda ek tasfiyeye gidilebilmesi mümkündür. Bu kapsamda 6102 sayılı Kanun'un Geçici 7 nci maddesi gereğince bir şirket hızlı bir tasfiyeyle veya bazı hâllerde tasfiyesiz olarak ticaret sicilinden silinmiş olsa da 6102 sayılı Kanun'un 547 nci maddesi gereğince ek tasfiyesine karar verilmesi mümkündür. Hatta davacı 6102 sayılı Kanun'un Geçici 7

⁷⁰ Şener, *Ek Tasfiye*, s. 245.

⁷¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 13.12.2023 tarihli ve 2023/340 E., 2023/1236 K. sayılı kararı (Lexpera, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

nci maddesi gereğince yapılan işlemin usulsüz olduğunu ileri sürerek şirketin ihyasını talep etse de dava açmadaki amacına 6102 sayılı Kanun'un 547 nci maddesi gereğince verilecek ek tasfiye ile ulaşabileceks 6102 sayılı Kanun'un Geçici 7 nci maddesi gereğince yapılan işlemin usulsüz olup olmadığının tespit edilmesinde ve şirketin ihyası kapsamında terkin işleminin iptaline karar verilmesinde hukuki yararı bulunmamaktadır. Böyle bir durumda mahkemece, 6102 sayılı Kanun'un Geçici 7 nci maddesi gereğince yapılan işlemlerin kamu düzeniyle ilgili olmadığı hususu da gözetilerek davacı tarafından şirketin ihyası talep edilmiş olsa dahi şartlar oluşmuş ise 6102 sayılı Kanun'un 547 nci maddesi gereğince şirketin ek tasfiyesine karar verilmelidir..."

Kanımızca, TTK Geçici m. 7 kapsamında "kolaylaştırılmış tasfiye" sonucunda terkin edilen şirketin ihyası ve ek tasfiyesi gündeme geldiğinde, TTK Geçici m. 7/ XV ve TTK m. 547 hükmünü birlikte uygulamak gerekir. Şu hâlde, "kolaylaştırılmış yöntemle tasfiye ve terkin edilen" şirketlerin yine TTK Geçici m. 7'nin getirdiği imkanlardan ve usul ekonomisinden yararlanılarak kolaylaştırılmış yöntemle ek tasfiyeleri gerçekleştirilebilir. Her ne kadar ek tasfiye gerektiren hallerde, TTK Geçici m. 7'ye dayanan terkin işleminin iptalinde hukuki yararın bulunmadığına dair Yargıtayın geliştirdiği içtihadı hak veriyor olsak da bu kabul, ek tasfiye sürecinde kolaylaştırılmış tasfiye yönteminin uygulanmasına engel olmaz.

Diğer taraftan, TTK Geçici m. 7 kapsamında şirket "resen terkin edilmişse" ihya ile birlikte ek tasfiyeden bahsetmek artık mümkün olamamalıdır. Bunun yerine şirketin ihyası ve (olağan) tasfiyesinden söz etmek daha doğru olur⁷². Zira ekten bahsedebilmek için bir asıl gerekir, dolayısıyla yalnızca tasfiye edilen bir şirketin, ek tasfiyesi gündeme gelebilir. Ayrıca bu son ihtimalde, terkinin usulsüz olduğu iddiasıyla işlemin iptali ile şirketin ihyasını dava etme noktasında artık hukuki yarar bulunur.

2. Usul Hukukuna Yönelik Geliştirdiği İçtihatlar

a. İhya Davalarının Çekişmesiz Yargıya Konu Olup Olmadığı Tartışması

Öğretideki bir kabule göre, özellikle ek tasfiyeyi konu edinen ihya davalarını ne tespit ne eda ne de inşai dava niteliğinde saymak mümkündür. Bu sebeple bu tür uyuşmazlıkların çekişmesiz yargı işi olup olmadığı sonucunu değerlendirmek gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁷³ m. 382 uyarınca, bir uyuşmazlığın çekişmesiz yargıya konu olması için ilgililer arasında çekişme bulunmaması, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkının olmaması veya

⁷² Bu yönde bkz. Songur, s. 1026-1027.

⁷³ RG, 04.02.2011, S. 27836. Bundan böyle kısaca "HMK" olarak anılacaktır.

hâkimin resen harekete geçmesi ölçütlerinden biri veya birkaçının bulunması gerekir. Gerçi ek tasfiye talebinde bulunan tarafın ilgili olduğunu kanıtlamak için alacağını veya şirketin dağıtılmamış malvarlığının bulunduğunu iddia etmesi ve bunu inandırıcı delillerle kanıtlaması gerekir. Ancak bu taleplerin ek tasfiye davasından ziyade asıl davadaki uyuşmazlığın konusu olduğu, bu sebeple ek tasfiye taleplerinde, aslında gerçek anlamda bir hakkın ileri sürülmediği belirtilmektedir⁷⁴.

Çekişmesiz yargı işi görüşü dikkate alındığında, bunun konumuz bakımından en önemli sonucu, Bölge Adliye Mahkemelerince verilecek olan kararların temyiz edilemez, yani kesin niteliğe bürünmesidir (HMK m. 362/I-ç).

Bununla birlikte Yargıtay 11. HD, yerleşik kararlarında öğretinin aksi bir tutum sergileyerek özelde TTK Geçici m. 7 kökenli olan, genelde tüm ek tasfiye uyuşmazlıklarını çekişmesiz yargı işi olarak görmemektedir. Nitekim 11 HD, bir kararında (20.02.2023, E. 2023/1070, K. 2023/953) bu hususu açıkça vurgulamıştır⁷⁵. Bu kararın ilgili kısmı şöyledir: “... *Bölge Adliye Mahkemesince, İlk Derece Mahkemesi kararının istinaf edilmesi üzerine kararın kaldırılması suretiyle şirket ihyası talebinin kabulüne yönelik verilen 05.10.2022 tarihli kararın kesin olduğundan bahisle 23.12.2022 tarihli ek karar ile davalının temyiz başvurusunun reddine karar verilmiş ise de, Dairemizin yerleşmiş kararlarına göre Ticaret Sicil Müdürlüklerinin 6102 sayılı Kanun’un 547 nci maddesine göre açılan ihya davasında yasal hasım olması ve açılan davada da ... (Ticaret Sicil Müdürlüğü)...’nün davalı olarak gösterilmesi sebebiyle dava çekişmesiz yargıya tabi olmadığından Bölge Adliye Mahkemesince verilen 05.10.2022 tarihli karar kesin nitelikte değildir. Bu sebeple Bölge Adliye Mahkemesinin 23.12.2022 tarihli ek kararının bozularak kaldırılıp davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine geçilmiştir...*”

b. Davanın Kime Yöneltileceği Meselesi

TTK Geçici m. 7’nin uygulanması noktasında, usul hukuku açısından asıl tartışma, ihya davalarında kimin hasım gösterileceği ve yargılama giderlerinden kimin sorumlu tutulacağı konusunda çıkmıştır.

74 Bu yönde bkz. Merve Hayran-Polat, “Ek Tasfiye Amacıyla Şirketin Yeniden Tescilinin Talep Edildiği Yargılamada Uygulanacak Olan Yargılama Usulünün Değerlendirilmesi”, *Adalet Dergisi*, Cilt 2, Sayı 69, 2022, s. 503; Nesibe Kurt-Konca, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 15, 2023, s. 112. Üçışık, Çelik de tüzel kişiliği sona eren şirketin ihyası için doğrudan ticaret mahkemesine başvurabileceğini, tasfiye memuruna veya ticaret sicil memurluğuna husumet yöneltilmesine gerek olmadığını ileri sürerek çekişmesiz yargı işi görüşüne katılmıştır (Güzin Üçışık; Aydın Çelik, *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, II. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 757).

75 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 20.02.2023 tarihli ve 2023/1070 E., 2023/953 K. sayılı kararı (Kararın tam metni için bkz. Lexpera, Erişim Tarihi: 20.02.2024).

Yargıtay kararlarına bakıldığında, şirketin terkin edilme yöntemine göre davalı tarafın değişebileceği anlaşılmaktadır. Gerçi Yargıtaya konu olan kararlarda tercih edilen bazı terminolojik vurgular ilk etapta anlam karışıklığına yol açmıştır. Ancak daha sonraki kararlarda, ayırım daha belirgin hale gelmiştir. Buna göre, TTK Geçici m. 7 kapsamında kolaylaştırılmış tasfiye ile terkinin gerçekleştiği hallerde tasfiye memurlarıyla birlikte ilgili ticaret sicil müdürlüğünün de ihya davalarında davalı olarak gösterilmesi, tasfiyesiz ve resen gerçekleşen terkinlerde ise davanın sadece ilgili ticaret sicil müdürlüklerine yöneltilmesi esası benimsenmiştir.

Buna karşılık, Yargıtay 11. HD vermiş olduğu bir kararda (14.09.2017, E. 2017/2945, K. 2017/4387) TTK Geçici m. 7 kapsamında “resen” terkin edilen bir şirketin ihyasında davanın sadece ticaret siciline yöneltilmiş olmasını bozma sebebi saymıştır⁷⁶. Bu karar şöyledir: “... Davacı vekili, davalı şirket ile müvekkili arasında ... 11. İş Mahkemesinin 2014/3 esasında devam eden alacak davası olduğunu, davanın sonuçlanması beklenmeden şirketin ticaret sicilden terkin edildiğini, bunun üzerine anılan mahkemece ihya davası açmak üzere süre verildiğini belirterek şirketin ihyasına karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece tüm dosya kapsamına göre, tasfiye suretiyle sicilden terkin edilen şirketi tasfiye memuru temsil ettiğinden husumet yasal hasım olan Ticaret Sicil Müdürlüğüyle birlikte tasfiye memuruna da yöneltilmek zorunda olduğu ve tasfiye memurunun davada hasım olarak gösterilmediği gerekçesiyle husumet eksikliği nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Dava, 6102 s. TTK'nın geçici 7. maddesi uyarınca ticaret sicilden re'sen terkin edilen şirketin ihyasına ilişkin olup, davada husumet, ihyası istenilen şirketin son olarak görev yapan tasfiye memuru ya da tasfiye kurulu ile ticaret sicil memurluğuna yöneltilmelidir. Somut olayda tasfiye memuruna husumet yöneltilmemiştir. Bu durumda mahkemece, davacıya, tasfiye memuru hakkında dava açması için süre verilmesi, verilen sürede dava açılması halinde iş bu dava ile birleştirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, husumet eksikliği nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...”

Fakat aynı daire, bir gün önceki onama kararında (13.09.2017, E. 2017/2557, K. 2017/4336), sanki tam aksi sonuca ulaşmış gibi bir izlenim doğurmuştur⁷⁷. Bu kararın ilgili kısmı ise şu şekildedir: “... 6102 sayılı TTK'nın geçici 7. maddesi uyarınca terkin edilen şirketlerin ihyası için açılacak davada husumetin sadece terkin işlemi yapan Ticaret Sicil Müdürlüğüne yöneltilmesinin gerekli ve yeterli olduğu, bu durum karşısında, birleşen davada ihyasına karar

76 Karar için bkz. Yargıtay Karar Arama (Erişim Tarihi. 13.02.2024).

77 Karar için bkz. ve karış. Yargıtay Karar Arama (Erişim Tarihi. 13.02.2024).

verilmesi istenen ve ticaret sicilinden terkin edilmiş bulunan şirkete husumet yöneltilemeyeceği gerekçesiyle davalı ... hakkındaki ihya davasının kabulü ile, davalı şirket hakkındaki ihya davasının pasif husumet ehliyeti yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir...”

Son kararın bütününe bakıldığında, ihyası istenen şirketin tasfiyesiz bir şekilde resen terkin edildiği sonucuna yorum yoluyla ulaşılabilmektedir. Bu ayrıntı göz ardı edildiğinde, 11. HD'nin birer gün arayla taban tabana zıt kararlar vermiş olduğu sonucuna ulaşılabılır. Kanımızca bu yanılısamaya sebep olan etmen, ilk kararda (yani 14.09.2017 tarihli kararda) kullanılan terminolojidir. Zira kararın içeriğinden şirketin TTK Geçici m. 7 kapsamında kolaylaştırılmış tasfiye ile terkin edildiği anlaşılmasına rağmen, karar metninde şirketin tasfiyesiz olacak şekilde “resen” terkin edildiği belirtilmiştir. Şu hâlde aslında iki karar arasında bir çelişki yoktur. Dolayısıyla Yargıtay'a göre, kolaylaştırılmış tasfiye ile terkinine bağlı ihyalarda, davayı sicil müdürlükleriyle birlikte son tasfiye memurlarına⁷⁸, tasfiyesiz terkinine bağlı ihyalarda ise sadece ticaret sicil müdürlüklerine yöneltmek gerekir⁷⁹.

78 Ek tasfiye davalarında, tasfiye memurları ve ilgili ticaret sicil müdürlüğünün yanı sıra “ticaret ve sanayi il müdürlüğünün” davalı olarak gösterilemeyeceği hususunda ayrıca bkz. 11. HD, 27.05.2002, E. 2022/1581, K. 2022/5262 (Şener, *Ek Tasfiye*, s. 86). Keza bu tür davaların tüzel kişiliği bulunmayan şirkete karşı yönetilmesinin mümkün olmaması noktasında bkz. 11. HD, 26.10.2015, E. 2015/4238, K. 2015/11012 [Gönen Eriş, *Ticari İşletme ve Şirketler*, Cilt III (Madde 452-644), Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 2760]. Buna karşılık ek tasfiyede çift unsur doktrinini kabul eden görüş uyarınca, terkin edilen şirketin malvarlığı bulunuyorsa tüzel kişiliği son bulmuş olmayacağından, ek tasfiye davasının şirket aleyhine açılması gerekir (Şener, *Ek Tasfiye*, s. 89; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 662. Aynı yönde bkz. Kervankıran, s. 408; Asuman Yılmaz, “Anonim ve Limited Şirketlerde Tasfiye”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 32, Sayı 2, 2016, s. 154-155). Fakat Yargıtay'ın istikrar arz eden kararlarından anlaşıldığı üzere, davalı tarafın tespiti noktasında bu doktrin kabul görmemektedir. Örneğin bkz. HGK, 10.06.2009, E. 2009/11-173, K. 2009/247; HGK, 14.03.2012, E. 2011/850, K. 2012/147 [Lexpera (Erişim Tarihi: 04.03.2024)]; 10. HD, 09.06.2022, E. 2022/4923, K. 2022/8833 [Kazancı İçtihat (Erişim Tarihi: 04.03.2024)]. Yargıtay, kimi kararlarında ise çift unsur doktrinini benimsemekle birlikte, terkin edilen şirketin ihyasının istenebileceği ve bu tür davalarda son tasfiye memurları ile ticaret sicil müdürlüğünün hasım gösterileceğini belirterek yerleşik kararları istikametinde görüş bildirmiştir. Nitekim bkz. ve karşı. HGK 06.06.2007, E. 2007/358, K. 2007/337; 13. HD, 11.03.2020, E. 2018/3625, K. 2020/3183 [Kazancı İçtihat (Erişim Tarihi: 04.03.2024)].

79 Resen terkinde sadece ticaret sicil müdürlüğünün davalı olarak gösterilmesinin yeterli olduğuna ilişkin diğer kararlar için bkz. ve karşı. 11. HD, 04.10.2016, E. 2106/7653, K. 2016/7762; 11. HD, 09.02.2016, E. 2016/422, K. 2016/1182; 11. HD, 30.09.2015, E. 2015/9608, K. 2015/9685 (Eriş, C. III, s. 2758-2759, 2761).

Bunun dışında Yargıtay, kolaylaştırılmış tasfiyeyle terkin edilen şirketlerin ihyasını konu alan kararlarında, başlangıçta ticaret sicil müdürlüklerinin davalı olarak gösterilip tasfiye memurlarının davalı gösterilmemesini bir eksiklik olarak kabul etmekle birlikte, dava sırasında tasfiye memurlarına tebligat gönderilip onların da davaya dahil edilmeleri sağlanarak söz konusu eksikliğin giderilebileceğini belirtmiştir. 11. HD'nin bu yöndeki bir kararı (02.11.2009, E. 2009/7022, K. 2009/11182) şöyledir⁸⁰: “... İhya davalarında, sicilden terkin edilen şirkete değil, en son görev yapan tasfiye memuru ya da memurlarına, yasal hasım konumunda olan ticaret sicil memurluğu ile birlikte husumet yönetilmesi gerekmektedir. Dava dilekçesinde ihyası istenen şirket ve ticaret sicil memurluğu davalı olarak gösterilmiştir. İhyası istenilen şirketin dava sırasında mahkemece sicil dosyasından tasfiye memuru olduğu belirlenen H. Ç.'ye tebligat yapılmış olup gerçek hasım davaya dahil edilmiş, taraf teşkilindeki eksiklik bu şekilde giderilmiştir. Tasfiye memuru ve ticaret sicil memurluğu karar başlığında davalı olarak gösterilmemişse de, bunun mahallinde düzeltilip karar başlığına eklenmesi mümkün bulunmaktadır...”

c. Yargılama Giderlerinden Sorumluluk

Yargılama giderleri bahsinde ise ilk derece ve istinaf mahkemeleri, ticaret sicil müdürlüklerini yasal hasım kabul edip HMK m. 326 kapsamında giderleri davacıya yüklemeye eğilimi göstermişlerdir. Hal böyleyken konuyla ilgili Yargıtayın çok çeşitli kararlarına rastlanmaktadır. Gerçekten de yüksek mahkeme kimi kararlarında sadece ticaret sicil müdürlüğünün hasım olmasını yeterli görmüş ve hiçbir ayrıma gitmeksizin yargılama giderlerinden kurumu sorumlu tutmuştur. Örneğin Yargıtay bir kararında (11. HD, 10.04.2017, E. 2017/1238, K. 2017/2025) kolaylaştırılmış tasfiye sonucunda terkin edilen bir şirketin TTK m. 547 uyarınca ihyası ile ek tasfiyesine hükmeden ve yargılama giderlerini davada hasım olması sebebiyle ticaret sicil müdürlüğüne yükleyen alt derece mahkemesinin kararını onamıştır⁸¹. Bu karar şöyledir: “... Davacı vekili, davalı şirket çalışanı ...'ın 12/08/1994 tarihinde geçirdiği iş kazası sonucu vefatı nedeniyle bakiye alacak için ... 4. İş Mahkemesi'nin 2006/567 Esas sayılı dosyası ile dava açıldığını, şirketin 31/07/2013 tarihinde resen sicilden terkin edildiğini belirterek, davalı şirketin ihyasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı ... Sicil Müdürlüğü vekili, müvekkil kurumun ilgili yasalar çerçevesinde işlem yaptığını, yapılan işlemlerde ve davanın açılmasında müvekkilinin kusur ve sorumluluğunun bulunmadığını savunarak davanın müvekkili yönünden reddine karar verilmesini istemiştir... Mahkemece ...Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin ... TTK'nun 547. maddesi gereğince ihyasına, TTK'nun geçici 7. maddesine göre re-

80 Karar için bkz. Şener, *Ek Tasfiye*, s. 87.

81 Kararın tam metni için bkz. Yargıtay Karar Arama (Erişim Tarihi: 15.02.2024).

sen terkin işlemi yapan Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün yargılama giderlerinden, vekalet ücretinden sorumlu tutulması gerektiği gerekçesiyle davalı müdürlüğün yargılama giderleri ile vekalet ücretinden sorumlu tutulmasına karar verilmiştir... Kararı, davalı ... Sicil Müdürlüğü vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı ... Sicil Müdürlüğü vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir...”

Buna karşılık Yargıtay 11. HD, bir diğer kararında (22.07.2017, E. 2017/2229, K. 2017/4022) TTK Geçici m. 7'ye aykırı işlemlerde bulunan sicil müdürlüğünün yargılama giderlerinden sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaşmış ve bu tezi doğrultusunda istinaf mahkemesinin kararını bozmuştur⁸². Söz konusu kararın ilgili kısmı şöyledir: “...*Bölge Adliye Mahkemesince davalı ... müdürlüğünce gerçekleştirilen re'sen terkin işleminden önce ihyası istenen şirket hakkında açılmış bir davanın varlığı kabul edildiğine göre, terkin işlemi 6102 sayılı TTK geçici 7. maddenin 2 fıkrasına uygun düşmemektedir. Öte yandan, dava dosyası içerisindeki sicil evrakında terkin işleminden önce geçici 7. maddenin 4. fıkrasının a bendi uyarınca yapılmış bir ihtara rastlanılmamıştır. Bu hususlar birlikte gözetildiğinde Ticaret Sicil Müdürlüğünün resen terkin işlemi anılan yasaya uygun olmadığından, İlk Derece Mahkemesince verilen kararda yargılama giderlerinin HMK'nın 326. maddesi uyarınca davalı üzerinde bırakılması gerekirken, bu hususa yönelik davacının istinaf başvurusunun reddine karar verilmesi doğru olmamıştır. Bu nedenle, davacının temyiz itirazlarının kabulü ile Bölge Adliye Mahkemesinin davacının istinaf başvurusunun reddine ilişkin kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir...*” Dikkat edilirse 11. HD, bu son kararında TTK Geçici m. 7'nin tatbikinde kusuru bulunması durumunda ticaret sicil müdürlüğünü yargılama giderlerinden sorumlu tutma eğilimi göstermiştir. Aynı daire, 28.09.2015 tarihli kararında (E. 2015/9165, K. 2015/9560) bu vurguyu daha net bir biçimde yapmıştır⁸³. Bu karar kısaca şöyledir: “... *Davacı ortak, dava*

82 Kararın tam metni için bkz. Yargıtay Karar Arama (Erişim Tarihi: 15.02.2024). Aynı yöndeki bir başka karar için bkz. 11. HD, 18.09.2017, E. 2017/3041, K. 2017/4471 (Kervankıran, s. 399, dn. 6).

83 Karar için bkz. Eriş, Cilt. III, s. 2761-2762. 11. HD, aynı mantıktan hareketle TTK Geçici m. 7'nin uygulanmasında kusuru bulunmaması halinde, ticaret sicil müdürlüğünün yargılama giderlerinden sorumlu tutulamayacağına yönelik kararlar da vermiştir. Örnek olarak bkz. 11. HD, 23.01.2017, E. 2017/17, K. 2017/438: “... *Mahkemece şirketin terkin tarihinden sonra açılan davada davalı konumunda olan terkin edilen şirketin haklı nedenle ihyası gerektiği kabul edilmiş, masraf ve ücreti vekaletin davalı Ticaret Sicil Müdürlüğüne yüklenilmesine karar verilmiştir. Ancak ihya konusunda haklı sebep kabul edilen davacının açmış olduğu dava, Ticaret Sicil Müdürlüğünün TTK'nın geçici 7. maddesine göre derdest bir dava yokken yaptığı terkin işleminden sonra açılmış olduğundan davalı Ticaret Sicil Müdürlüğünün yargılama gideri ve ücreti vekaletten sorumlu olması doğru görülmemiştir...*” [Kazancı İçtihat (Erişim Tarihi: 04.03.2024)].

dışı şirketin ihyasını istemiştir. Mahkemece 6102 sayılı TTK'nın (Geçici) 7'nci maddesi uyarınca sicilden terkin edilen şirketin, faaliyetleri devam ettiği gerekçesi ile ihyası ile ayrıca ihyaya ilişkin hükmün kesinleşmesi halinde, Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayınlanmasına, masrafların davacıdan karşılanması karar verilmiştir. Somut olayda, dosyadaki bilgi ve belgelerden, sicilden terkin edildiği tarihte ve öncesinde dava dışı G.S İnş. Malz. Tic. ve San. Ltd. Şti.'nin faaliyetini sürdürdüğü açık olup, 6102 sayılı TTK'nın geçici 7/2. maddesindeki kısıtlayıcı hükme rağmen, sicilden yolsuz bir şekilde terkin edilmesinde davalı ticaret sicil müdürlüğünün kusurlu olduğunun kabulü ile, ihya kararının ilanına ilişkin masraftan davalının sorumlu tutulması gerekirken, masrafların davacıdan tahsiline karar verilmesi doğru görülmemiş ve hükmün bu sebeple bozulması gerekmiştir...”

Ancak 11. HD diğer bazı kararlarında, TTK Geçici m. 7'nin uygulanmasından doğan uyumsuzluklarda ticaret sicil müdürlüğünün “yasal hasım” olmasını göz önünde tutarak başkaca hiçbir ayrıma gitmeksizin yargılama giderlerinden sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. Örneğin 11. HD, 04.04.2016 tarihli kararını (E. 2016/2926, K. 2016/3585) gerekçelendirirken bu hususta yaptığı vurgular dikkat çekicidir⁸⁴. Bu kararın ilgili kısmı şöyledir: “... Davacı limited şirket müdürü, şirketin vergi borçlarını ödediğini, davalı ticaret sicil müdürlüğünün TTK'nın geçici 7'nci maddesi uyarınca şirketin resen sicilden terkin edildiğini öne sürerek şirketin yeniden tesciline karar verilmesini istemiş ve davanın kabulü kararını, davacı temyiz etmiştir... Davalı Ticaret Sicil Memurluğu bu davada yasal hasım olduğundan yargılama giderleri ve vekalet ücretinden sorumlu tutulamayacaksa da davanın kabulü halinde davalı lehine vekalet ücretine hükmedilemez. Mahkemece, davanın kabulüne karar verildiğine göre davalı Ticaret Sicil Memurluğu yararına vekalet ücreti takdir edilmesi doğru olmamış, kararın bu yönden de bozulmasını gerektirmiştir...” Buna karşılık aynı daire kanımızca daha isabetli olan bir başka kararda (29.01.2007, E. 2005/14259, K. 2007/927) , ticaret sicil müdürlüğünü yasal hasım olması ve daha da önemlisi davaya sebebiyet vermemesi (davanın açılmasında kusurunun bulunmaması) nedeniyle yargılama giderlerinden sorumlu tutmamıştır.

84 Kararın tam metni dikkatle okunduğunda, ticaret sicil müdürlüğünün TTK Geçici m. 7'yi hatalı tatbik ettiği şeklinde bir izlenim oluşmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 04.04.2016 tarihli ve 2016/2926 E., 2016/3585 K. sayılı kararı (Kararın tam metni için bkz. Lexpera, Erişim Tarihi: 04.03.2024); Eriş., C. III, s. 2758. Aynı yöndeki kararlar için bkz. 11. HD, 16.09.2015, E. 2015/8135, K. 2015/9347 (Eriş., Cilt. III, s. 2762).

Bu karar özetle şöyledir⁸⁵: “... *Dava, davalı şirket tüzel kişiliğinin ihyasına ilişkin olup, bu tür davalarda, davalılardan ticaret sicil memurluğu yasal hâsim konumunda bulunmasına göre, davanın açılmasına sebebiyet vermemiştir. Zira, sicilin, istem üzerine ihyaya ilişkin karar alıp, şirketi tekrar sicile tescil gibi bir görevi ve yükümlülüğü bulunmamakta olup, davalı sicilin, ihya davası açılmasına sebebiyet verdiği şeklinde değerlendirilemez. Dava, TTK'nun 36 ncı maddesine dayalı bir dava da olmadığından, sicil memurluğu aleyhine harç, yargılama giderleri ve vekalet ücretine hükmedilmemesi gerekir...*”

Kanımızca TTK Geçici m. 7 uygulamasından doğan uyuşmazlıklarda, ticaret sicil müdürlüklerinin, kabuk şirketlerin tespiti ve prosedürün uygulanması noktasında “kusurlu” olmaları, dolayısıyla ihya davalarına zemin hazırlamaları halinde, kendilerine yargılama giderleri yükletilmelidir⁸⁶. Hal böyleyken Yargıtay 11. HD, ilginç bir karara imza atmış (14.09.2015, E. 2015/7353, K. 2015/9186) ve TTK'nın Geçici m. 7/II'ye aykırı işlemin iptali durumunda, ilk oturumda davayı kabul etmeyen ticaret sicil müdürlüğünün HMK m. 312/II kapsamında vekâlet ücreti ile tüm yargılama giderlerinden sorumlu tutulacağına hükmetmiştir⁸⁷. Bu kararın ilgili kısmı şöyledir: “... *Dava, limited şirketin ihyası istemine ilişkin olup, mahkemece yukarıda özetlenen gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Davada Ankara Ticaret Sicili Müdürlüğü'nün geçici 7. madde çerçevesinde yapılan terkin işleminin hatalı olduğundan bahisle karşı tarafa husumet yöneltmiş olup, mahkemece davacı Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından terkin edilen şirket aleyhine açılan davanın varlığına rağmen davalı Ankara Ticaret Sicili Müdürlüğü'nce yapılan terkin işleminin 6102 sayılı TTK Geçici 7/2 maddesine aykırı olarak gerçekleştiği saptandığına göre, davalı tarafından davanın ilk oturumda kabulünün söz konusu olmadığı, davaya karşı konularak müdürlük işleminin yerinde olduğundan bahisle davanın reddinin istendiği de nazara alındığında HMK'nın 312/2. maddesinin uygulanma koşullarının bulunmadığının kabulü gerekmele HMK'nın 326. maddesi uyarınca davacı lehine yargılama gideri ve bu arada vekalet ücretine de hükmedilmesi gerekirken aksi yönde karar verilmesi yerinde olmamış, davacı yanın bu yöne ilişkin temyiz itirazının kabulü ile yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir...*” Ancak belirtelim ki Yargıtayın bu kararında HMK m. 312/II'ye atıfta bulunması isabetli olmamıştır. Zira söz konusu kuralda, davanın açılmasında davalının

85 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 29.01.2007 tarihli ve E. 2005/14259, K. 2007/927 sayılı kararı (Kazanıcı İçtihat, Erişim Tarihi: 04.03.2024).

86 Ek tasfiye özelinde bkz. ve karşı. Nuri Erdem, “Türk Ticaret Kanunu md. 452-563”, Kemal Şenocak (Ed.), *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt. 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 3732-3733.

87 Kararın tam metni için bkz. Yargıtay Karar Arama (Erişim Tarihi: 21.02.2024).

kusurlu olmama hali odak alınmıştır⁸⁸. Oysaki karara konu uyumsuzlukta, TTK Geçici m. 7 prosedürünün ticaret sicil müdürlüğünce hatalı uygulanması nedeniyle terkin kaydının iptaline karar verilmiştir. Bu sebeple HMK m. 312/II kuralını, ticaret sicil müdürlüklerine herhangi bir kusur isnat edilememesi ihtimalinde ve kendilerini yargılama giderlerinden sorumlu tutmama noktasında dikkate almak gerekir.

Bununla birlikte kanun koyucu 2024 yılında, 7511 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 16 ile TTK Geçici m. 7/XV'e bir cümle eklemek suretiyle ihya davalarında ticaret sicili aleyhine yargılama giderlerine hükmedilemeyeceği esasını benimsemiştir.

B. Anayasa Mahkemesinin TTK Geçici m. 7 Kapsamında Mülkiyet Hakkına ve Etkili Başvuru Hakkına Yönelik İhlal Çerçevesinde Vermiş Olduğu İptal Kararının Analizi

1. Anayasa Mahkemesinin Mülkiyet Hakkına Dair Emsal Kararlarında Esas Aldığı İlkeler

Mülkiyet hakkı kenar başlıklı Anayasa m. 35, herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğunu bildirmekle beraber, belirtilen hakların ancak kamu yararı çerçevesinde yasa ile sınırlanabileceğini ifade etmiştir⁸⁹. Burada öncelikle Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkının tanımında referans aldığı kavramları belirlemek gerekmektedir. Çünkü mülkiyet hakkının konusu olabilecek esasların tespiti önemlidir. Anayasa Mahkemesi, ekonomik değer ile ölçülebilen her çeşit malvarlığı kapsamında menkul, gayrimenkul malları ve bunların üstünde tesis edilmiş olan sınırlı ayni hakları, fikri hakları, icrası olanaklı her çeşit alacağı mülkiyet hakkının içinde yer alan birer unsur olarak kabul etmektedir⁹⁰. Yine Mahkeme, Anayasa'nın ortaya koyduğu mülkiyet hak-

88 HMK m. 312/II: "Davalı, davanın açılmasına kendi hâl ve davranışıyla sebebiyet vermemiş ve yargılamanın ilk duruşmasında da davacının talep sonucunu kabul etmiş ise yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmez."

89 Mülkiyet hakkı her ne kadar içeriği itibariyle bir mutlak hak olarak kabul edilse de Anayasa'nın (35)'inci maddesinde düzenlenen şekliyle mülkiyet hakkının, sınırsız bir hak olarak tanımlanmamış olduğu ve mutlak hakların sahip olduğu genel tanımdan bağımsız bir şekilde yorumlanmak suretiyle buna bağlı olarak sınırlandırılabilirliği ifade edilmektedir (bkz. Any. Mhk., *Elegance Hotel Turizm İşletmeleri A.Ş.*, B. No: 2015/19953, T. 26.06.2019, §50, www.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.01.2024). Aynı hususu, Anayasa'nın (90)'ıncı maddesi yarıncı yönüne uygun bir biçimde taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan Ek 1 nolu protokolün mülkiyetin korunması kenar başlıklı olan (1)'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesi de tekrarlamaktadır. Buna göre, bir kimse sadece kamu yararı dikkate alınarak oluşturulan sebep ve yasada öngörülen şartlar ile uluslararası hukukun ortaya koyduğu genel esaslar çerçevesinde mal ve mülkünden yoksun bırakılabilmektedir.

90 Any. Mhk., *Dursun Kanber Eroğlu ve Diğerleri*, B. No: 2014/11724, T. 20.07.2017, §34; Any. Mhk., *Mahmut Duran ve Diğerleri*, B. No: 2014/11441, T. 01.02.2017, §60, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

kının güvencesinden yararlanılabildiğini, ancak ekonomik bir değere sahip ve icra edilmesi mümkün olan bir alacak kapsamında ortaya çıkan meşru bir beklentinin varlığının zorunluluğuna bağlı kılmalıdır⁹¹.

Anayasa m. 35/III'te, mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı bir şekilde kullanılmasının mümkün olmayacağı da vurgulanmıştır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler çerçevesinde belirlemiş olduğu üç önemli ölçüt bulunmaktadır ki, bunların araştırılması mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin durumların doğru bir biçimde tespit edilebilmesini de sağlamıştır⁹². Bu bağlamda Anayasa Mahkemesine göre, Anayasa m. 35/I uyarınca “*mülkten barışçıl yararlanma hakkının*”, devam eden ikinci fıkra uyarınca mülkten yararlanmanın hangi koşullarda sınırlandırılabileceğini açıklayan “*mülkten yoksun bırakma*” durumunun esaslarının ifade edildiği belirtilmiş; devletin mülkiyet hakkının kullanımına yönelik sahip olduğu “*kontrol ve düzenleme*” yükümlülük ve ayrıcalığının varlığına dair sağlanmış olan olanağı vurgulanarak mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili olmak üzere üç ana unsurun altı çizilmiştir⁹³. Böylece, mülkiyetin kaybedilmesi sonucunu doğuracak olan mülkten yoksun bırakma ile kamu yararı esas alınarak mülkiyet hakkının kullanımının sınırlandırılması ile oluşacak olan mülkiyetin kontrolü kavramları, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin özel biçimleri olarak değerlendirilmektedir⁹⁴. Ek olarak kanımızca da Anayasa m. 35/III, mülkiyet hakkını kullananlardan çok bu hakkı düzenleyen devlet bakımından bir yükümlülük getirmiş, Anayasa m. 35/II ise mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin nasıl yapılacağına ilişkin devlet ve uygulayıcı idare nezdinde bir koşul zikretmiştir. Esasen, Anayasa Mahkemesi buna dair yorumunda mülkiyet hakkının kullanımının top-

91 Any. Mhk., E. 2015/39, K.2015/62, T. 01.07.2015, §21, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 17.01.2024).

92 Her ne kadar Anayasa m. 35'te usule ilişkin bir güvenceyle alakalı düzenlemeye yer verilmemiş olsa da, Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının gerçek anlamda korunması çerçevesinde yasa dışı, keyfi vs. bir müdahale nedeniyle ihlal iddiasında bulunan mülk sahibinin ilgili savını ihlal iddiasını inceleyecek olan makamlar nezdinde etkin bir şekilde öne sürebilmesinin de güvence kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini; mülkiyet hakkının usule dair olan güvencelerinin hem özel kişiler arasında meydana gelen hem de özel kişiler ile kamu arasında oluşan mülkiyete dair uyuşmazlıklarda uygulanabilir olacağını kabul etmektedir (Bkz. Any. Mhk., *Kamil Darbaz ve GMO Yapı Grup End. San. Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2015/12563, T. 24.05.2018, §§52-53; Any. Mhk., *Leyla Filho ve Thales De Almeida Martins Filho*, B. No: 2016/6292, §46, www.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 15.01.2024).

93 Any. Mhk., *Torsan Orman Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2014/13677, T. 20.09.2017, §50; Any., Mhk., *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, T. 26.10.2017, §45; Any. Mhk., *Antoine Balit ve Diğerleri*, B. No: 2017/16211, T. 02.06.2020, §48, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

94 Any., Mhk., *Süleyman Kurtel*, B. No: 2016/1808, T. 22.01.2021, §45, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 17.01.2024).

lumun yararına aykırı olmayacak şekilde gerçekleşmesi gerektiğine işaret etmekte, devletin de bu maddeden hareketle mülkiyetin kullanımının toplumun yararını sağlar bir biçimde olabilmesi için gerekli düzenlemeleri⁹⁵ yapmakla görevli kılındığını bildirmektedir⁹⁶. Aynı şekilde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması kenar başlıklı Anayasa m. 13'te de belirtilen temel haklara yönelik sınırlamanın madde içeriğinde açıklanan esaslar dahilinde, yani öze dokunma (hakkın kullanımının tamamen imkânsız hale getirilmesi) yasağını çiğnemeneden, Anayasa'nın ilgili maddelerinde ifade edilen sebepler doğrultusunda yasa ile yapılabileceğini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi, müdahalenin yasa ile yapılabileceği esasının şekli anlamda bir yasal düzenlemenin varlığını zorunlu kıldığını, buna göre TBMM tarafından meydana getirilen şekli anlamda bir yasal düzenlemenin eksikliğinin mülkiyet hakkına yönelik müdahaleyi anayasal bir temele dayanmaktan yoksun bırakacağını kabul etmektedir⁹⁷. Burada Devletin sahip olduğu yükümlülük göze çarpmaktadır. Şöyle ki, Devlet, mülkiyet hakkının ihlal edilmemesi adına yasal düzenlemeleri yapmak zorunluluğunu taşımakla birlikte aynı zamanda mevzu hukuka rağmen meydana gelen ihlallerin sonuçlarını düzeltecek hukuki uygulamaları da gerçekleştirmek durumundadır. Gerçekten Anayasa Mahkemesi de Devletin bu çerçevede sahip olduğu pozitif yükümlülükleri kapsamında mülkiyet hakkına müdahale edilmesini önleyen ve gerçekleşen müdahalenin ortaya koyduğu etkileri düzelten önlemler alması gerektiğini vurgulamaktadır⁹⁸. Önemle belirtmek gerekir ki, her ne kadar Devlet mülkiyet hakkına yönelik düzenleme yetkisini haiz olsa da mülkiyet hakkına ilişkin olarak yapılacak her çeşit müdahalenin mutlak bir biçimde yasa ile düzenlenmesi gerekliliği, Devletin keyfi uygulamalara başvurmasına ve geniş bir hareket alanı tanıyan takdir yetkisine dayalı olarak hareket etmesine karşı önemli bir güvence olarak görülebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkına yönelik olarak Anayasa m. 13 ve m. 35 hükümlerinde yer alan sınırlamanın yasa ile olması kuralını büyük bir titizlik ile ele almakta, bu kuralın temel hak ve özgürlüklere yönelik yapılan sınırlandırmaların vazgeçilemeyecek bir şartı olduğunu ifade etmekte, öyle ki sınırlamanın yasa ile gerçekleştirilmediği anlarda artık aranmakta olan diğer güvence esaslarının dahi değerlendirmeye alınmasının herhangi bir anlamının

95 Uygulamada Devletin vergi ve benzeri yükümlülüklerle ilişkin almış olduğu kararları, belirtilen düzenleme yetkisine örnek olarak gösterilebilmektedir.

96 Any. Mhk., *Ali Ekber Akyol ve Diğerleri*, B. No: 2015/17451, T. 16.02.2017, §47, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

97 Any. Mhk., *Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri*, B. No: 2015/17510, T. 18.10.2017, §56, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

98 Any. Mhk., *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri A.Ş.*, B. No: 2014/8649, T. 15.02.2017, §46, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

olmayacağını bildirmektedir⁹⁹.

Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkına ilişkin ihlal değerlendirmesinde, özellikle hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik kavramlarına da vurgu yapmıştır¹⁰⁰. Hukuk devletinde, hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerinin varlığı vazgeçilmez bir unsur olarak kabul edilmektedir¹⁰¹. Anayasa Mahkemesi hukuki belirlilik ilkesini, yasal düzenlemelerin idare edilenler nezdinde hiçbir kuşkuya neden olamayacak kadar açık ve anlaşılabilir olması ve bununla birlikte kamu adına irade açıklamasına yetkili olanların keyfi tutumlarına karşı koruyucu bir güvence durumunda olması biçiminde yorumlamıştır¹⁰². Hukuki güvenlik ilkesini de öngörülebilir nitelikte olan hukuk kuralları çerçevesinde bireylerin devlete karşı duydukları güven karşısında devletin yasalar nezdinde meydana getireceği düzenlemeler sonucunda kendisine duyulan güven duygusunu yıpratıcı sonuçlardan kaçınması olarak ifade etmiştir¹⁰³.

2. Anayasa Mahkemesinin Etkili Başvuru Hakkına Dair Emsal Kararlarında Esas Aldığı İlkeler

Temel hak ve hürriyetlerin anayasada tanınması ve düzenlenmesi, temel hak ve hürriyetlere yönelik sınırlamanın esaslarının hatta sınırlarının belirtilerek kabul edilmesi, temel hak ve hürriyetlerin ne birey ne de devlet tarafından kötüye kullanımının engellenmesi gibi hükümler; kendi eliyle oluşturduğu yasalara kendisinin de uyma yükümlülüğünü kabul eden hukuk devletleri için vazgeçilmez birer unsur olarak ifade edilebilmektedir. Ancak, sayılan düzenlemelerin varlığı yine de yeterli görülmemekte, aynı zamanda Devletin, temel

99 Any. Mhk., *Türkiye İş Bankası A.Ş.*, B. No: 2014/6192, T. 12.11.2014, §41; Any. Mhk., *Muratecan Kolçak*, B. No: 2016/5490, T. 12.06.2019, §48, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

100 Burada AİHM kapsamında da bir ekleme yapmak gerekmektedir. Gerçekten AİHM, mülkiyet hakkının korunmasına dair en önemli şartın, kamu makamlarınca mülkiyet hakkına yönelik yapılan müdahalenin hukuka dayanması gerekliliği olduğunu vurgulamaktadır (bkz. AİHM, *Iatridis/Yunanistan*, B. No: 31107/96, T. 25.03.1999, §58, www.echr.cor.int, Erişim Tarihi: 17.01.2024). AİHM'in hukuk devletinin temel ve sarsılmaz ölçütlerinden olan hukukun üstünlüğü ilkesinin egemen kılınmasına verdiği önem açıktır.

101 Hukuki belirlilik, idarenin meydana getirdiği işlem ve eylemlerin, hukuki dayanakları olan mevzuatta açıklanması ve bu esaslar çerçevesinde yine mevzuat hükümlerine uygun olarak gerçekleştirilmesi, dolayısıyla idare edilenler tarafından öngörülebilmesi demektir [Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, (Anayasa) s. 220]. Hukuki güvenlik ise idare edilenlerin kendilerini bağlayıcı etkisi tartışmasız olan hukuk kurallarını önceden bilerek sosyal, kamusal yaşamda bu düzenlemelere göre hareket etmelerini, böylelikle kendilerini hukuki kurallara uygun davranmanın rahatlığı ve güvencesi içinde hissetmeleri olarak açıklanabilmektedir (Gözler, *Anayasa*, s. 220.).

102 Any. Mhk., E. 2013/39, K.2013/65, T. 22.05.2013, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 19.01.2024).

103 Any. Mhk., E. 2010/80, K.2011/178, T. 29.12.2011, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 19.01.2024).

hak ve hürriyetlere yönelik müdahalelere karşı başvuru yollarının etkin bir şekilde kullanımına dair güvenceleri de sağlaması gerekmektedir.

Temel hak ve hürriyetlerin korunması başlıklı Anayasa m. 40'ta, etkili başvuru hakkı kavramı uyarınca bahse konu güvenceyi gerçekleştirir hükmün kabul edildiği açıktır¹⁰⁴. Çünkü madde metninin birinci fıkrasında kendisine Anayasa tarafından tanınmış olan hak ve hürriyetleri çiğnenmiş olan herkesin, süre bakımından gecikme yaşamaksızın yetkili makamlara başvurma olanağının sağlanmasını istemeye dair hakkının olduğu bildirilmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkra hükmü de Devlete önemli bir görev yüklemiş ve Devletin yapmış olduğu işlemlerle ilgili olmak üzere şahısların hangi kanun yoluna ve organa ve hangi süreler dahilinde başvuru yapacağına ilişkin hususları bildirmek yükümlülüğünün altını çizmiştir. Buna göre başvurunun gerçekleştirileceği yerin mahkeme ya da bir idari makam olması arasında da hiçbir fark bulunmamaktadır, bildirilen yükümlülük her ikisine yönelik başvuru bakımından açık bir güvenceyi içerdiğinde barındırmaktadır¹⁰⁵.

Anayasa Mahkemesi, etkili ulaşım hakkının sağlanmasına ilişkin olmak üzere mevzuatta ihlal iddiası kapsamında başvurulabilecek olan yolların öngörülmesini yeterli bulmamakta, belirtilen başvuru yollarının da uygulama çerçevesinde etkin bir şekilde kullanılabilir olmaları gerekliliğini kabul etmektedir¹⁰⁶. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, uygulamaya dair hususların etkin bir şekilde kullanımını, şahısların Anayasal çerçevede güvence altına alınan hak ve hürriyetlerine dair ihlal iddialarını “*makul, erişilebilir, ihlale ilişkin sonuçların sürmesini engelleme ya da bu sonuçları ortadan kaldırma uyarınca yeterli şekilde giderim sağlamaya elverişli idari ve yargısal yollara başvurma*” olanağına sahip olmaları anlamında değerlendirmektedir¹⁰⁷. Örneğin Anayasa Mahkemesi, mevzuatta yer alan düzenlemelere göre herkesin yargı yolundan etkin olarak faydalanması için, belirtilen başlıkların uygulamada da etkinliğinin sağlanması gerekliliğini açıklamaktadır¹⁰⁸. Gerçekten Anayasa Mahkemesi, etkili başvuru hakkının varlığını,

104 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de 13'üncü maddesi kapsamında, üye devletlerin iç hukuklarında temel hak ve hürriyetlerin korunmasına yönelik olarak etkili bir başvuru yolunun varlığını bildirmektedir.

105 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 627-628.

106 Any. Mhk., *Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad*, B. No: 2016/5604, T. 24.05.2018, §61; Any. Mhk., İ.D. ve Diğerleri, B. No: 2016/14513, T. 28.12.2022, §64, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.01.2024).

107 Any. Mhk., *K.S.*, B. No: 2017/29420, T. 03.12.2020, §61; Any. Mhk., *S.B.*, B. No: 2017/19758, T. 02.12.2020, §37; Any. Mhk., *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri*, B. No: 2018/14884, T. 27.10.2021, §141; Any. Mhk., *Wisam Sulaiman Dawood Eaqadah*, B. No: 2021/2831, T. 15.02.2023, §69, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.01.2024).

108 Any. Mhk., *Y.T.*, B. No: 2016/22418, T. 30.05.2019, §49, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.01.2024).

bireysel başvuru kapsamında yapılacak tüm ihlal iddialarının kısa süre içinde incelenebilmesi açısından da sahip olduğu önem bakımından vurgulamaktadır¹⁰⁹.

3. Anayasa Mahkemesinin TTK Geçici m. 7/XV’te Tespit Ettiği Anayasaya Aykırılık Durumu

Anayasa Mahkemesi, 22.06.2023 tarih ve 2023/33 E. 2023/117 K. sayılı hükmü¹¹⁰ ile TTK Geçici m. 7/XV, c. 5’te yer alan “...*silinme tarihinden itibaren beş yıl içinde...*” ibaresinin, Anayasa m. 35’te düzenlenen mülkiyet hakkı ile Anayasa m. 40’ta düzenlenen etkili başvuru hakkına yönelik ihlal sonucu doğurması nedeniyle Anayasa’ya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Hukuk devleti uygulamasında, serbestlik kural, sınırlandırma ise istisna olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, sınırlandırmaya başvurmanın haklı gerekçeleri, sınırlandırmanın da yöntemi hukuki bir zeminde açıklanabilmelidir. Yukarıda ifade edildiği gibi, Anayasa m. 13 temel haklara yönelik sınırlandırma esaslarını açıkça bildirmektedir. Dolayısıyla sınırlandırmaya ilişkin yetkinin kullanımı da somut olay dahilinde yer alan kavramlarla örtüşebilir durumda olmalı, daha yalın bir ifadeyle somut olayın içerdiği ölçütler ilgili temel hakka yönelik sınırlandırmayı desteklemelidir. Anayasa Mahkemesi de benzer düşüncede olup kişilerin sahip oldukları hak ve hürriyetlerin içinde buldukları somut koşulların gerektirdiği ölçüden daha fazla olacak bir şekilde sınırlandırmanın, kamuya ait olan sınırlandırma yetkisinin aşılması anlamına geleceğini kabul etmektedir¹¹¹. Temel hak ve hürriyetlere yönelik yapılacak olan müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için aranan şartlardan birisinin de ölçülülük ilkesi olduğu açıktır. Bu bağlamda bir müdahalenin ölçülü sayılabilmesi için ilgili müdahalenin istenilen kamu yararı amacını gerçekleştirme-ye elverişli olması, hakka yönelik gerçekleştirilen müdahale ile elde edilmek istenen amaç arasında orantılı bir denge olması ve istenilen amaca ulaşmada yapılan müdahalenin gerekli olması esasları kabul edilmektedir¹¹².

Devlet tarafından, bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını olumsuz yönde etkileyecek kişisel isteklere bağlı olarak keyfi bir biçimde oluşan uygulamalara neden olunmaması için mülkiyet hakkına yapılacak müdahalenin yasal düzenleme ile gerçekleştirilmesinin sağlanması, aynı zamanda toplumsal ve kamusal yaşamda demokratik hukuk devletinin izlerinin görüldüğü önemli so-

109 Any. Mhk., *Nevriye Kuruç*, B. No: 2021/58970, T. 05.07.2022, §90, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.01.2024).

110 RG, S. 32310, T. 15.09.2023.

111 Any. Mhk., E. 2013/95, K. 2014/176, T. 13.11.2014, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.01.2024).

112 Any. Mhk., E. 2011/111, K. 2012/56, T. 11.04.2012, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.01.2024).

nuçlardan birisidir. Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesinin anlam ve önemi uyarınca, mülkiyet hakkına yönelik sınırlandırmayı gerektiren kamu yararı ile hakkı sınırlandırılan bireyin sahip olduğu kişisel hakkı arasında adil bir denge- nin oluşturulmasını zorunlu görmektedir¹¹³. Yine Anayasa Mahkemesine göre, sınırlandırma ile istenilen amaca ulaşıldığında elde edilmek istenen kamu yararı ile sınırlama sonucunda kişinin katlanmak zorunda kaldığı külfet arasında makul bir oran olmalı; her iki yarar karşılaştırıldığında sınırlama sonucunda kişinin karşı karşıya bırakıldığı külfetin aşırı ve orantısız olmaması gerekmektedir¹¹⁴. Kaldı ki, salt orantılılık kapsamında yapılan değerlendirme yeterli olmayabilmekte; elverişli ve gerekli olduğu kesin bir biçimde belirginleşmiş bir araç ile hakka yönelik yapılan müdahale sonucunda kişinin yüklenmek zorunda kaldığı aşırı külfeti hafifletmeye yarayacak hukuki düzeneklerin varlığı, ihlalin oluşmadığı neticesine varmak için yeterli görülebilmektedir¹¹⁵.

Mülkiyet hakkı Anayasa m. 35'te düzenlenen esasları ile birlikte Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu mülk kavramını oluşturan tüm unsurlar adına güvence teşkil eden bir haktır. Dolayısıyla bahse konu kural, hayal gücüne, düşünce gücüne ya da sezgiye dayalı oluşan mülkiyet ediniminin değil; salt mülkiyet hakkının güvencesini oluşturmaktadır¹¹⁶. Burada, meşru beklenti kavramının önemi tekrar gündeme gelmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin TTK Geçici m. 7/XV, c. 5'te düzenlenen ve istem tarihinin sınırı olarak kabul edilen beş yıllık süreyi iptal etmesi, meşru beklenti sahiplerinin mülkiyet haklarının korunması adına yerindedir. Meşru beklenti kavramının, icrası mümkün bir alacağı elde etmek ile de açıklanması ve böylelikle belirtilen icrası mümkün olan alacakların da mülkiyet hakkının sağlamış olduğu güvenceden yararlanması¹¹⁷; keza meşru beklentinin bir yasal düzenlemeye, uygulamada önemle dikkate alınan yargısal bir içtihadı, aynı çıkarı ifade eden bir hukuki işleme dayanan nesnel bir temele bağlı olması¹¹⁸, Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkına ilişkin olarak bahse konu iptal kararında esas aldığı değerlendirmeler ile örtüşebilir durumdadır. Gerçekten, nesnel bir temele dayanmaksızın

113 Any., Mhk., *Arif Güven*, B. No: 2014/13966, T. 15.02.2017, §§58-60, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.01.2024).

114 Any. Mhk., *Arbay Petrol Gıda Turizm Taşımacılık Sanayi Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2015/15104, T. 04.07.2019, §24; Any. Mhk., *D.C.*, B. No: 2018/13863, T. 16.06.2021, §49, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.01.2024).

115 D.C., §50.

116 Any. Mhk., *Özel İstanbul Arel Eğitim Kurumları A.Ş.*, B. No: 2016/3592, T. 29.05.2019, §38, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.01.2024).

117 Any. Mhk., *Mustafa Ateşoğlu ve Diğerleri*, B. No: 2013/1178, T. 05.11.2015, §§ 52-54, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.01.2024).

118 Any., Mhk., *Selçuk Emiroğlu*, B. No: 2013/5660, T. 20.03.2014, §28, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.01.2024).

ya da salt mülkiyet hakkı uyarınca ifade edilebilir bir varsayımın olmasının meşru beklenti olarak kabul edilemeyeceği açıktır¹¹⁹.

Etkili başvuru hakkı, sadece tek başına değil aynı zamanda Anayasa'da zikredilen diğer haklara dair ihlallerin ileri sürülebilmesi çerçevesinde tamamlayıcı statüde değerlendirilen bir önemdedir, bundan ötürü Anayasa Mahkemesi sadece ve tek başına etkili başvuru hakkının çiğnendiğinin iddia edilmesinin mümkün olmayacağı görüşündedir¹²⁰. Gerçekten, etkili başvuru hakkına yönelik ihlalin, diğer başka ihlallerle de beraber gerçekleştiği durumların sayıca fazlalığı ifade edilebilmektedir¹²¹. Bu durum, diğer temel hak ve hürriyetlere ilişkin iddia edilen ihlalin önlenmesi bakımından uygulamada karşılaşılmaması olası eksikliklerin varlığını doğrular niteliktedir. Dolayısıyla, etkili başvuru hakkına yönelik ihlal değerlendirmesinde her somut olayın birbirinden farklı koşulları içerdiği ifade edilebilecektir. Anayasa Mahkemesi de etkili başvuru hakkı tanınması kapsamında beliren yükümlülüğün gerçekleşmiş sayılabilmemesini, her somut olayın sahip olduğu koşullar ile çiğnendiği iddia edilen hakkın sahip olduğu nitelik dikkate alınarak belirlenebileceğini kabul etmektedir¹²². Kararda, mülkiyet hakkı ile birlikte etkili başvuru hakkının ihlaline hükmedilmesi de borçların talebine ilişkin olmak üzere borçlu şirket ya da kooperatiflerin ihyasına dair başvuru şartını içeren beş yıllık süre uygulamasının, alacaklı hak sahiplerinin etkin bir şekilde kullanmaları gereken başvuru yolunu süre bakımından açıkça ihlal ettiği sonucu biçiminde yorumlanabilmektedir.

Yukarıda açıklandığı gibi, Anayasa Mahkemesinin belirtilen kararına esas olmak üzere borçlu şirket ya da kooperatiflerden talep edilebilir alacak hakkına sahip olanların söz konusu haklarının mülkiyet hakkı kapsam ve güvencesi içinde değerlendirileceği, aynı zamanda hakkın elde edilmesini sağlamak amacıyla yargı yoluna başvurarak sicilden terkin edilmiş olan şirket veya kooperatiflerin ihyasını sağlamanın da etkili başvuru hakkı çerçevesinde kabul edileceği tartışmasızdır. Kanımızca, aksi bir bakış açısına dayalı olarak varılacak hükmün, adaletin sağlanmasından uzak sonuçlara neden olacağı açıktır. Eklemek gerekir ki, hukuka dair olan karar, bilimsel makale vb. de dahil olmak üzere her şeyde, adalet kavramından daha çok değerlendirilmiş, açıklanmaya çalışılmış ve tartışılmış bir başlık bulmanın oldukça zor olduğu da ifade edil-

119 Any. Mhk., *Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, T. 15.04.2014, §37, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.01.2024).

120 Any. Mhk., *Abdullah Yaşa*, B. No: 2015/12486, T. 05.11.2020, §64, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.01.2024).

121 Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s. 629.

122 Any. Mhk., *Özgür Sağlam*, B. No: 2016/9076, T. 30.06.2021, §65, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 21.01.2024).

mektedir¹²³. Somut kararda adaletin ilgili şirket ya da kooperatiflerin ihyasını sağlamak üzere mahkemeye başvurma yetkisini haiz olacak sahipleri nezdinde sağlanmış olduğu görülmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkı ile birlikte etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine dair vermiş olduğu emsal nitelikteki kararlarında¹²⁴ esas alınan ilkelerin, önceki sayfalarda açıklanmış olan kavramlar kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten Anayasa Mahkemesi, bu durumda hak arama hürriyetine yönelik bir müdahale olarak mahkemeye başvurunun beş yıllık gibi bir süre sınırlanmasına bağlı kılınmasını, meşru bir beklentinin doğurduğu alacaktan kaynaklanan mülkiyet hakkının ve başvurunun gerçekleştirilerek ihya sürecinin başlatılabilmesi için öngörülen sürenin yetersiz kalması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiği yönünde isabetli bir karar vermiştir.

Sonuç

TTK Geçici m. 7 ile fiilen mevcut olmamakla birlikte hukuken kaydı bulunan şirketlerin ticaret sicilinden arındırılması ve bu surette sicilin aleniyeti ile güvenilirliğinin sağlanması amaçlanmıştır. Kuralda, esas itibarıyla kolaylaştırılmış tasfiyeye dayalı terkin usulü esas alınmış olmakla birlikte, kolaylaştırılmış tasfiyeye yönelik ihtar ve ilana rağmen üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeyen şirketlerin tasfiyesiz olarak “resen” terkin edilmelerine, kimi hallerde ise “tasfiye memurunun talebi üzerine” tasfiyesiz terkin edilmelerine ceza verilmiştir.

Hangi şirketlerin kolaylaştırılmış tasfiye usulüne tabi tutulabileceği, TTK Geçici m. 7 ve buna bağlı çıkartılan Tebliğ’de belirtilmiştir. Tebliğ, iki noktada Kanun’dan ayrılarak Ticaret Bakanlığının başvurusu üzerine mahkemece feshine karar verilen sermaye şirketleri ile oda kaydı silinen ve sicil kaydı silinmek üzere Ticaret Sicil Müdürlüğüne bildirilen şirketlerin de bu imkândan yararlanmasına imkân tanımıştır. Fakat istisnai bir düzenleme olan kolaylaştırılmış tasfiyeye yönelik yeni bir halin yasal temelden bağımsız olarak ikincil mevzuatla getirilmiş olması, hukuk tekniği açısından isabetli olmamıştır. Keza TTK Geçici m. 7 kapsamında, son beş yıldır olağan genel kurul yapmaması se-

123 Ahmet Ulvi Türkbağ, “Haklar, Hakkaniyet, Bütünlük ve Adalet: Dworkin’in Adalet Perspektifi”, Ed. Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Cilt 9, 1. Baskı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, s. 88.

124 Emsal nitelikteki kararların tam metni için bkz. Any. Mhk., *Pegasus Hava Taşımacılığı A.Ş.*, B. No:2019/16415, T. 12.01.2022; Any. Mhk., *Emrullah Yılmaz*, B. No:2019/37252, T. 15.06.2022; Any. Mhk., *Gazi Muhammed*, B. No: 2018/37732, T. 24.11.2021; Any. Mhk., *Hanife Yıldız Torum ve Nimet Filiz Seven*, B. No: 2018/1567, T. 10.02.2022; Any. Mhk., *Sabri Uhraç*, B. No: 2017/34596, T. 29.12.2020; Any. Mhk., *Tarık Yüksel*, B. No: 2019/1255, T. 10.11.2022; Any. Mhk., *Hulusi Yılmaz*, B. No: 2017/17428, T. 01.12.2022, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 22.01.2024).

bebiyle münfesiş sayılan anonim şirketlerin kolaylaştırılmış tasfiye kapsamına alınması, buna karşılık limited şirketlere aynı kolaylığın sağlanmamasını da izah etmek güçtür. Bu sayılanlar, -Anayasa Mahkemesinin iptal kararına konu düzenleme dışında- kolaylaştırılmış tasfiyeye yönelik mevzuatın en zayıf hallerini oluşturmaktadır. TTK Geçici m. 7, sürekli veya geçici olarak tekrar hayata geçirilmek istenirse bu hukuki noksanlıklardan arındırılması isabetli olur.

TTK Geçici m. 7/XV, kolaylaştırılmış tasfiyeye veya tasfiyesiz terkin edilen şirketlerin ihyasına yönelik bir imkân getirmiştir. Terkin edilen şirketin alacaklıları ve şirketten hukuki menfaati bulunanlar haklı sebepleri ileri sürerek terkin tarihinden itibaren beş yıl içinde ihya davası açabilirler. Hükümdeki ihya kavramı, ek tasfiyenin ikamesi olarak değil, şirketin yeniden hukuki varlık kazanmasını ifade etmek üzere kullanılmıştır. Ayrıca beş yıllık süre Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğinden, alacağı zamanasını uğramamış olan hak sahipleri bugün dahi TTK Geçici m. 7/XV'deki ihya imkanından yararlanabilirler. TTK Geçici m. 7 sürekli hale getirilmek istenirse veya tekrar geçici bir süreyle uygulanmaya dönük bir politika geliştirilirse Anayasa Mahkemesinin kararında belirttiği kriterlere göre yeni bir hak düşürücü süre belirlemesine gidilebilir. Özellikle resen ve tasfiyesiz terkin edilen şirketlerin ihyasında beş yıl veya biraz daha uzun bir hak düşürücü süre kararlaştırılabilir. TTK Geçici m. 7'nin uygulanmaya başlandığı ilk dönemlerde ihya ve ek tasfiye süreçlerinin kimi anlarda karışmış olması da daha uzun bir hak düşürücü sürenin düzenlenmesi önerisinde bir diğer etken olabilmektedir. Zira resen terkin konumuna düşmüş şirketlerin, alacaklılara ve hak sahiplerine zarar vermeyecek şekilde hızla sistem dışına itilmesi isabetli olur. Ancak bu durumda sürenin terkin kaydının düşüldüğü tarihten itibaren değil, hak sahipleri tarafından ilgili hakkın öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlaması gerekir.

TTK Geçici m. 7/XV kapsamında, ek tasfiyeye yönelik ihya davası da açılabilir. Bu ihtimalde, TTK Geçici m. 7/XV ile birlikte TTK m. 547 kuralı birlikte uygulanmalıdır. Böylelikle kolaylaştırılmış tasfiye yoluyla terkin edilen şirketlerin ek tasfiyesi gündeme geldiğinde, ek tasfiye de pekâlâ kolaylaştırılmış yöntemle gerçekleştirilebilir. Ancak tasfiyesiz ve resen terkin edilen şirketlerin ek tasfiyesi söz konusu olamaz. Bu durumda, resen terkin edilen şirketin yalnızca ihyasının istenmesinde hukuki yarar bulunur ve ihya kararıyla birlikte oluşan tasfiye prosedürüne geçilir.

Öğretide, ihya davalarının çekişmesiz yargı işi olduğu yönünde görüşler savunulsa da Yargıtay'ın aksi yönde kararlarına rastlamak mümkündür. Bu sebeple uygulamada da ihya davaları, çekişmeli yargı işi olarak yürütülmektedir.

Kolaylaştırılmış tasfiyeyle terkin edilen şirketlerin ihyası davalarında, davayı ticaret sicil müdürlükleriyle birlikte son tasfiye memurlarına yöneltmek gerekir. Dava dilekçesinde ticaret sicil müdürlüğü davalı olarak gösterilmiş, fakat tasfiye memurları gösterilmemişse, bu eksiklik dava sırasında tasfiye memurlarına tebligat gönderilip onlar da davaya dahil edilerek giderilebilir. Buna karşılık tasfiyesiz gerçekleşen terkinlere dayalı açılan ihya davalarında ise davayı sadece ticaret sicil müdürlüklerine yöneltmek gerekli ve yeterli olur. Belirtmek gerekir ki bu çerçevede, ticaret sicil müdürlüklerinin yönetici sorumluluk sigortasına yönelmeleri rasyonel bir tutum olur. Çünkü ticaret sicili kapsamında yapılan etkinliklerin ve alınan kararların önemi çerçevesinde, büyük bir riskin de var olduğu, bu riskin TTK Geçici m. 7 gibi pratikler için de geçerli olduğu yadsınamaz bir gerçekliktir.

TTK Geçici m. 7'den doğan uyuşmazlıklar ister kolaylaştırılmış tasfiye temeline isterse tasfiyesiz terkin işlemlerine dayansın, ticaret sicil müdürlükleri her durumda davalı konumda yer alır. Bu bağlamda kabuk şirketlerin tespiti ve terkinde işlemde sicil müdürlüklerinin kusuru bulunuyorsa kendilerini yargılama giderlerinden sorumlu tutmak rasyonel bir yaklaşım olurdu. Ancak TTK Geçici m. 7 kapsamında usulüne uygun olarak kabuk şirketleri tespit ve terkin eden sicil müdürlüklerini bu giderlerden sorumlu tutmak mümkün olmamalıdır. Diğer taraftan 2024 yılında TTK Geçici m. 7/XV'e bir cümle ekleyen kanun koyucu, herhangi bir ayırım yapmaksızın ihya davalarında ticaret sicil müdürlüklerine yargılama giderlerine hükmedilemeyeceği esasını benimseyerek tüm tartışmalara noktayı koymuştur.

TTK Geçici m. 7 kuralının tekrardan geçici bir süreliğine hayata geçirilmesi, kabuk şirketlerdeki yönetici ve ortaklar nezdinde kanun koyucunun bu kolaylığı periyodik olarak sağlayacağı şeklinde makul bir beklenti oluşturabilir. Daha da kötüsü, bu beklentinin muhataplarının algısında kalıcı hale dönüşmesidir. Bunun yerine olağan tasfiye sürecindeki aksaklıkları ve sürati baltalayan unsurları ortadan kaldırmak, şirketi kabuk halde bırakıp terk eden yönetici ve ortaklara caydırıcı mahiyette idari para cezası uygulamak daha rasyonel bir yaklaşım olur.

KAYNAKLAR

- Al-Kılıç, Şengül, *Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Ayhan Rıza; Çağlar Hayrettin; Özdamar Mehmet, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Aytulun, Metin; Toroslu, M. Vefa, *Anonim Şirketlerde Tasfiye*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Ayyıldız, Serkan, *Türk Ticaret Kanunu'nun Tasfiye Hükümleri Işığında Geçici 7. Maddeye Göre Anonim Şirketlerin Tasfiyesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Ana Bilim Dalı, 2019.
- Bachmann, Gregor, "AktG § 273 Schluß der Abwicklung", (Hrsg.) Eberhart Stillz, Prof. Dr. Rüdiger Veil, "beckonline- Gross Kommentar AktG", Verlag C.H.BECK, München, 2024, N. 1-21.
- Bilek, Eva; von der Crone, Hans Caspar, "Voraussetzungen und Kognition hinsichtlich der Wiedereintragung einer Gesellschaft", *SZW*, 2007, s. 80-89.
- Bilgili, Fatih; Demirkapı, Ertan, *Şirketler Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2021.
- Çak, Yunus, "Anonim Ortaklığın Ek Tasfiyesinde Pasif Husumet Ehliyeti- Karar İncelemesi", <https://www.academia.edu/108843246>.
- Çalışkan, Merdan, "Yeni TTK Kapsamında Anonim, Limited Şirketler ve Kooperatiflerin Hızlı Tasfiyesi ve Tasfiyesiz Terkini", *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı 115, 2013, s. 195-205.
- Çamoğlu, Ersin, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2023.
- Erdem, Nuri, "Türk Ticaret Kanunu md. 452-563", Kemal Şenocak (Ed.), *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 3726-3734.
- Eriş, Gönen, *Ticari İşletme ve Şirketler*, Cilt III (Madde 452-644), Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Forstmoser, Peter; Meier-Hayoz, Arthur; Nobel, Peter, *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag AG, Bern 1996.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt:1*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Bursa, 2020.
- Gözler, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Bursa, 2018.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Bursa, 2018 (Anılış: Anayasa).
- Güven, Şirin, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketlerin Sona Ermesi ve Tasfiyesi", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2016, s. 35-63.
- Hayran-Polat, Merve, "Ek Tasfiye Amacıyla Şirketin Yeniden Tescilinin Talep Edildiği Yargılamada Uygulanacak Olan Yargılama Usulünün Değerlendirilmesi", *Adalet Dergisi*, Cilt 2, Sayı 69, 2022, s. 491-512.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., "Kolektif Özgürlükler", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989.

- Kaderoğlu, Murat, *Anonim Şirketlerin İnfisalı (Dağılması)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Karahan Sami, “Anonim ve Limited Şirketlerde Ek Tasfiye”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı*, Cilt 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 445-457.
- Karahan, Sami, *Anonim Şirketlerde Tasfiye*, Mimoza Yayınları, Konya, 1998.
- Karahan, Sami, “Anonim ve Limited Şirketlerde İhya ve Tasfiyeden Dönme”, *Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan*, İstanbul, 2003, s. 277-293.
- Karaman-Coşgun, Özlem, *Anonim Şirketin Tasfiyesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Krafka, Alexander, *Registerrecht*, 12. Auflage, Verlag C.H.BECK, München, 2024.
- Kayıhan, Şaban, *Şirketler Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Kervankıran, Emrullah, *Anonim Şirketin Tasfiyesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Kurt-Konca, Nesibe, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Asliye Ticaret Mahkemele-ri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 15, 2023, 79-125.
- Oğuz, Sefer, “Münfesih Olmasına veya Sayılmasına Rağmen Tasfiye Edilmemiş Anonim ve Limited Şirketler ile Kooperatiflerin Özel Tasfiye Usulü”, Sevilay Uzunallı / Mehmet Ak (Ed.), *Ticaret Sicili ve Şirketler Hukukuna Etkileri Sempozyumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 137-166.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku II*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019 [Anılış: İlgili Kısımın Yazarı (Diğer Yazarlar)].
- Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. IV, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Anılış: Şerh).
- Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esasları*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024 (Anılış: Genel Esaslar).
- Rençber, Altan; Selin Ovalıoğlu, “Vergi Hukukunda Mükellefiyet Kaydının Re’sen Terkini ve Tebligata İlişkin Ortaya Çıkan Sorunlar”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, s. 87-102.
- Rüetschi, David, “Zum Verfahren der Wiedereintragung ins Handelsregister gemäss Art. 164 HRegV - Zugleich eine Entgegnung auf Philippin, REPRAX 2/2011, 20 ff.”, *REPRAX*, (4), 2011, s. 23-35.
- Sarıkaya, Ahmet Selim, “Şirketlerin İhyası”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı 170, 2007, s. 249-251.
- Songur, Damla, “Türk Hukukunda Şirketlerin İhyası”, *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan*, 2019, s. 1003-1031.
- Şener, Oruç Hami, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Şener, Oruç Hami, *Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya)*, Adalet Yayınevi 2015 (Anılış: Ek Tasfiye).
- Tath, Burçak, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Geçici 7. Maddesine Göre Ek Tasfiye ve Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 208, 2023, s. 77-88.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa, Ruhan; Sancakdar, Oğuz; Önok, Rifat Murat, “*İnsan Hakları El Kitabı*”, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

- Türkbağ, Ahmet Ulvi, “Haklar, Hakkaniyet, Bütünlük ve Adalet: Dworkin’in Adalet Perspektifi, Ed. Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi”, *İstanbul Barosu Yayınları*, Cilt 9, İstanbul, 2004.
- Uygun, Oktay, *Kamu Hukuku İncelemeleri (İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik)*, On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2013.
- Üçışık, Güzin; Çelik, Aydın, *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, II. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Yavuz, Mustafa, “Yargı Kararları Işığında Ticaret Sicilinden Resen Silinmiş Olan Şirket ve Kooperatiflerin Yeniden İhyası”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 354, 2018, s. 112-119.
- Yılmaz, Asuman, “Anonim ve Limited Şirketlerde Tasfiye”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 32, Sayı 2, 2016, s. 149-173.

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Hukuki Açından Sağlık Turizminde Tanıtım ve Reklam*

Promotion and Advertising in Health Tourism with a Legal Perspective

Funda IŞIK**

Emre YÜKSEL***

ÖZ

Bir ülke ekonomisine katma değer yaratan belli başlı sektörlerden biri olan turizm ile temelde amaçlanan, o ülkeye döviz kazandırmaktır. Sağlık turizmi faaliyetlerinde bulunan ülkelerin, faaliyetleri sebebi ile döviz kazanımının yanında sağlık hizmetleri sektörünün de geliştiği bir gerçektir. Nitekim sağlık turizmi faaliyetlerinde bulunan ülkelerin, edindikleri olgu tecrübesi ile sağlık sektöründe gelişim gösterdiği gözlemlenmiştir. Türkiye’de de bu doğrultuda sağlık turizminin geliştirilmesi için pek çok adım atılmıştır. Bununla birlikte artık bilgiye kolayca erişilebilen dünyada, ülkeler, sağlık turizmi faaliyetlerinde de birbirleri ile rekabet eder hâle gelmiştir. Söz konusu rekabet sebebi ile de sağlık turizmi faaliyetlerinde bulunan ülkeler, ülkelerindeki sağlık hizmetlerine ilişkin olarak reklam, tanıtım ve bilgilendirme yapma ihtiyacı duymaktadırlar. Ancak konunun insan sağlığını ilgilendirmesi, sağlık hizmetinden yararlanacak kişiler ile sağlık hizmeti sağlayıcıları arasındaki bilgi asimetrisi gibi nedenlerle reklam, tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerine ilişkin yasal düzenleme bulunması gereksinimi ortaya çıkmıştır ve sağlık turizminde bilgilendirme ve tanıtımı mümkün kılan yasal düzenlemeler Türkiye’de de bulunmaktadır. Çalışmamızda sağlık hukuku yönü ile sağlık turizmi kapsamındaki reklam, tanıtım ve bilgilendirme faaliyetleri ele alınmış, uygulamadaki ihlalardan örneklere yer verilmiş ve nihayetinde konuya dair önerilere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Medikal turizm, sağlık turizmi, sağlık turizminde reklam, tanıtım ve bilgilendirme, sağlık hizmetlerinde reklam, tanıtım ve bilgilendirme ile ilgili yasal düzenlemeler, sağlık hizmetleri, tıp hukuku.

* Makale gönderim tarihi: 19.09.2023. Makale kabul tarihi: 11.12.2023. Funda Işık; Emre Yüksel, “Hukuki Açından Sağlık Turizminde Tanıtım ve Reklam”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2024, s.205-240, DOI: <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2024.11.1.7>.

** Doktora Öğrencisi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Doktora Programı; Avukat, isik.funda@outlook.com

<https://orcid.org/0000-0002-5457-8129>.

*** Avukat, av.emreyuksel@gmail.com, <https://orcid.org/0009-0002-6915-3518>.

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

ABSTRACT

The main purpose of tourism, which is a main sector that adds value to the country's economy, is to bring foreign currency to the country. It is a fact that the countries engaged in health tourism activities develop as well as the foreign exchange earn due to these activities. As a matter of fact, it has been observed that the countries engaged in health tourism activities have developed in the health services sector with the case experiences they have acquired. Many steps have been taken to improve health tourism in this direction in Turkey. However, in the world, where information is now easily accessible, countries have come to compete with each other in health tourism activities. With the reason of competition in question, the countries engaged in health tourism need to advertise, promote and inform about the health services in their countries. However, the need for legal regulations regarding advertising, promotion and information activities, has emerged due to the fact that issue is related with the human health and the information asymmetry between the people who will benefit the health service and the health service providers. Turkey has legal regulations regarding the information and promotion in health tourism. In this study, advertising, promotion and information activities within the scope of health tourism were discussed, examples from violations in practice were included and at the end were included a number of suggestions.

Keywords: Medical tourism, health tourism, advertising, promotion and information in health tourism, legal regulations regarding the advertising, promotion and information in health tourism, health services, medical law.

Giriş

Literatürde, antik çağlarda dahi uygulama alanı bulduğu hususunda veriler bulunan sağlık turizmi kavramının, ulaşımın kolaylaştığı, sınır ötesi etkileşimin arttığı, küreselleşmenin gündemde olduğu dünya şartlarında daha çok gündeme geldiği, bu haliyle bilhassa gelişmekte olan ülkeler tarafından bir ekonomi politikası olarak ele alındığı görülmektedir.

Bu çalışmanın amacı, sağlık turizmi alanında yoğun faaliyet gösterme hedefindeki Türkiye Cumhuriyeti'nin, vatandaşına sunacağı sağlık hizmeti ile sağlık turizmi alanında sunacağı sağlık hizmetlerine ilişkin tanıtım ve reklam politikasının ve hukuki düzenlemelerinin irdelenmesidir.

Bu bağlamda çalışmamızda öncelikle genel olarak tanıtım ve reklam ile sağlık turizmi kavramsal açıdan ele alınacaktır. Çalışmanın ikinci bölümde, Türkiye'de vatandaşa sunulacak sağlık hizmetlerinde tanıtım ve reklama ilişkin hukuki mevzuat irdelenecektir. Çalışmanın son bölümünde, sağlık turizmi kapsamında sunulacak sağlık hizmetlerinde tanıtım ve reklama ilişkin hukuki düzenlemeler değerlendirilecektir.

I. Kavramlar

A. Tanıtım ve Reklam

Türk Dil Kurumu (TDK) Güncel Türkçe Sözlüğü'nde *tanıtım* kavramı, bir kimsenin veya bir şeyin tanınmasını sağlama işi olarak ifade edilirken *reklam* kavramı, "bir şeyi topluma tanıtmak, beğendirmek ve bu sayede sürümünü sağlamak amacıyla denenen her türlü yol"¹ şeklinde tanımlanmıştır. İnsanları gönüllü olarak belirli bir davranış ya da düşünceye yöneltmek, bir hizmete bir ürüne, bir fikre ya da bir kuruluşa dikkat çekmeye çalışmak, bu ürün, hizmet, fikir yahut kuruluş hakkında bilgi vermek ve insanların bunlar hakkındaki görüş ve davranışlarını değiştirmelerini ya da belirli bir görüş veya tutumu benimsemelerini sağlamak gayesi ile oluşturulan, iletişim araçlarından süre veya yer satın almak yolu ile gösterilen ya da sair farklı şekillerde çoğaltılarak dağıtılan ve ücret mukabili oluşturulduğu anlaşılan duyuru² olarak ifade edilen reklam, tanımından da anlaşıldığı gibi maddi veya manevi bir gayeyi güdebilmektedir. Doktrinde yapılan tanımlardan yola çıkarak reklamın mesaj içermesi, kitleye hitap etme, reklam araçlarının kullanılması, mesaj kaynağının anlaşılır olması gibi unsurları ihtiva ettiği belirtilmektedir³.

Şu hâlde maddi bir gaye güden, mal, hizmet veya ticari düşünceyi tanıtarak malın veya hizmetin satışını artırmayı amaçlayan reklam ticari reklam; manevi gayenin esas olduğu, ticari bir amaç taşımayan reklam için ise ticari olmayan reklam⁴ biçiminde ifade edilebilmektedir⁵.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un⁶ (TKHK) 61. maddesinin 1. fıkrasına ve 6502 Sayılı TKHK'ye dayanılarak çıkarıldığı hususu dayanak maddesinde belirtilen Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar

1 Türk Dil Kurumu (TDK) Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/> (01.09.2023).

2 Tanses Gülsoy, *Reklam Terimleri ve Kavramları Sözlüğü*, Adam Yayınları, İstanbul, 1999, sayfa s. 9.

3 Ayrıntılı bilgi için bakınız (bkz). Derya İçöz, *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, İstanbul, 2008, s. 15 vd.

4 Celal Göle, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, 1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1983, s. 35; Arslan Kaya, "Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri" Editör (Ed.) Abuzer Kendigelen, *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, Beta Basım, İstanbul, 2002, s. 460.

5 Göle'ye göre, Kızılay'ın kan bağıışı yapılması amacı ile ya da fakir çocukları okutmak amacını güden bir derneğin para toplayabilmek gayesi ile reklam yapması halinde, manevi gaye esas olduğundan, bu reklamlar ticari nitelikte değildir (Bkz. Göle, s. 38-39); Kaya'ya göre, gerçekte reklam hakkının süjesi sadece mal ve hizmet üreticisi tacirler değildir. Günümüzde ticaret alanı dışında siyasetten sanata birçok alanda reklamdan yararlandığı gibi devletlerin özellikle sosyal amaçlı muhalif politikalarının tanıtımında da (halk sağlığı gibi) reklam bir araçtır (Bkz. Kaya, s. 459.).

6 Resmî Gazete (R.G.) 28.11.2013 – 28835.

Yönetmeliği'nin⁷ (TRHTUY) 4. maddesinin 1. fıkrasının (n) bendine göre, ticari reklam, bir ticari faaliyete, el ustalığı gerektiren işler de dâhil olmak üzere bir iş veya meslekle ilişkili, herhangi bir malın satışını ya da hizmetin sağlanışını kolaylaştırmak, bu mal veya hizmete yönelebilecek kitleyi bilgilendirmek veya ikna etmek gayesi ile reklam verenlerin yazılı, görsel, işitsel ve sair diğer yollarla gerçekleştirdikleri pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır.

Bu bakımdan ticari reklam, bir hizmetin ya da malın sürümünü artırmak gayesi ile yapılan herhangi bir tanıtımsa⁸ da üretici ya da sağlayıcının genel hedef ve amacı ürününün veya hizmetinin satışını, sürümünü artırmak iken, ticari reklamda esas varılacak yer kârı ya da satışı artırmak değil, satışı kolaylaştırmayı sağlayacak iletişimi kurmaktır⁹.

B. Sağlık Turizmi

1. Kavram

Seyahatin gerçekleştirilme nedenleri ile ilgili yapılan araştırmalarda, seyahat etme nedenleriyle turizm türleri arasında sınıflamalar yapılmış olup turizm, rekreasyon amaçlı turizm, kültür turizmi, sağlık turizmi, spor turizmi, konferans/toplantı turizmi olarak beş grupta sınıflandırmıştır¹⁰.

Bir turizm türü olarak kabul edilen sağlık turizmi¹¹ kavramı ile ilgili değişik tanımlar mevcut olmakla birlikte, tanımların temelde, seyahatin amacı, süresi gibi bazı ortak unsurları taşıdığı görülmektedir.

Sağlık turizmi, bir kişinin sağlık hizmeti almak amacıyla bir ülkeden başka bir ülkeye seyahati olarak ifade edilmektedir¹². Bir diğer tanımda sağlık turizmi,

7 R.G. 10.01.2015- 29232.

8 Emrehan İnal, *Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar*, Beta Basım İstanbul, 2000, s. 14; Emrehan İnal; Başak Baysal, "Reklam Hukuku ve Uygulaması", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 6; Göle, s. 38, Aydanur Gürzumar, "Türkiye, İsviçre ve Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Reklamcılık Alanında Tüketicinin Korunması Amacıyla Uyulması Gereken Hukuk Kuralları", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 3, 1991, s. 350; İsmail Kurca, "Tüketicilerin Hislerine Yönelik Reklamlar", *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, 1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, s. 333.

9 Ali Atıf Bir, "Reklam ve Reklam Stratejisine Giriş", Editör (Ed.) Ali Atıf Bir, Fermani Maviş, *Dünyada ve Türkiye'de Reklamcılık, Reklamın Gücü*, 1. Bası, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1988, s. 65.

10 Havva Yılmaz, *Turizm Tanıtımında Halkla İlişkiler ve Reklam Uygulamaları: "Türkler Bin Yılın Yolculuğu 600-1600 Sergisi Örneği"*, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Tanıtma Genel Müdürlüğü, Ankara, 2008, s. 6.

11 Terminolojik açıdan, sınır ötesi sağlık seyahati, medikal turizm, hasta turizmi, tıp turizmi, klinik turizm gibi kavramların da kullanıldığı görülmüş olmakla birlikte, medikal turizm, termal turizm, yaşlı ve engelli turizmi gibi kavramları da kapsadığı ve uluslararası ve ulusal metinlerde sıklıkla kullanıldığı görülmekle ve terim birliği sağlanması açısından, çalışmamızda "sağlık turizmi" kavramı tercih edilmiştir.

12 Ayfer Uyanık, "Sağlık Turizmi Hukuku", *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Eylül-Ekim-Kasım 2015, Sayı 36, https://www.medipol.edu.tr/sites/default/files/2023-01/SD_Dergi_Sayi36.

bireyin bedensel ve ruhsal sağlığını korumak, geliştirmek ya da iyi hâle getirmek gayesi ile yerel çevre dışına yapılan organize seyahat olarak tanımlanmıştır¹³.

2015/3 Sayılı Başbakanlık Genelgesi¹⁴ ile oluşturulan Sağlık Turizmi Koordinasyon Kurulu (SATURK) yayınında, sağlık turizmi, kişilerin koruyuculuğa, tedaviye, rehabilite ediciliğe yönelik, ayrıca sağlıklarının gelişimine yönelik hizmetleri almak gayesi ile yaşadıkları ülkeden bir başka ülkeye ziyareti olarak tanımlanmakta ve sağlık turizmi kavramının medikal turizm¹⁵, termal turizm, engelli turizmi, yaşlı turizmi kavramlarını barındırdığı belirtilmektedir¹⁶.

Genel itibarı ile insan sağlığının geliştirilmesine, sağlığının korunmasına veya kişinin bozulan sağlığının geri kazanılması gayesi ile başlayan ve sağlık hizmetine ilişkin unsurlara ek tatil unsurlarını da içerebilen seyahat, konaklama ve organizasyonlardan kaynaklanan ilişki ve olayların bütünü olarak da tanımlanan sağlık turizmi¹⁷, bu tanımından da anlaşılabilirliği gibi, tıbbi bir hizmet veya sağlığa ilişkin bir hizmet almanın yanında, mesela nekahette iken bulunulan ülkede turistik amaçla gezinti veya tatil yapmak gibi unsurları da

pdf (17.09.2023), (Kısaltma: Sağlık Turizmi), s. 88; Fulya İlçin Gönenc, "Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c 22, s 3, Özel Sayı, Cilt I, İstanbul, 2016, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/334385> (01.09.2023), s. 1174; Gülay Öztürk, *Sağlık Turizminde Hasta Hakları ve Etik Sorunsal Üzerine Bir Araştırma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Sağlık Yönetimi Yüksek Lisans Programı, Ankara, 2019, s. 15.

13 Percivil M Carrera; John FP Bridges, "Globalization and healthcare: understanding health and medical tourism", *Expert Review of Pharmacoeconomics & Outcomes Research*, Cilt 6, Sayı 4, <https://DOI.org/10.1586/14737167.6.4.447> (05.09.2023), s. 447.

14 2015/3 Sayılı Başbakanlık Genelgesi, R.G. 07.02.2015 – 29260.

15 Medikal turizm kavramının, müdahale türleri, hizmetin sağlandığı ortam ve girdiler yönü ile sağlık turizmi kavramından farklılık gösterdiği belirtilmekte olup tıbbi müdahale yolu ile bireyin sağlığının iyileştirilmesi ve restorasyonu için kişinin doğal sağlık bakım yetki alanı dışına yapılan seyahat, medikal turizm olarak ifade edilmiş ve sağlık turizminin bir alt kümesi olarak nitelendirilmiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Neil Lunt; Carrera Percivil, "Medical tourism: Assessing the evidence on treatment abroad", *Maturitas*, Cilt 66, Sayı 1, May 2010, <https://DOI.org/10.1016/j.maturitas.2010.01.017> (17.09.2023), s. 27; Neil Lunt; Richard Smith; Mark Exworthy; Stephen T. Green; Daniel Horsfall; Russell Mannion, "Medical Tourism: Treatments, Markets and Health System Implications: A scoping review", *OECD Directorate for Employment, Labour and Social Affairs*, <https://www.oecd.org/health/health-systems/48723982.pdf> (18.09.2023), s. 7.

Genel anlamda kişinin sağlığını iyileştirmek amacı ile yapılan seyahat olarak tanımlanan medikal turizm, hizmet ticaretini gerektiren turizm ile tıp olmak üzere en az iki sektörün birleşmesini temsil eden bir ekonomik faaliyet olarak tanımlanmıştır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Milica Z. Bookman; Karla R. Bookman, *Medical Tourism in Developing Countries*, Palgrave Macmillan, New York, 2007, <https://DOI.org/10.1057/9780230605657> (01.09.2023), s. 1-2.

16 H. Ömer Tontuş, "Sağlık Turizmi Nedir?", SATURK Yayını (Güncelleme Tarihi: 09.05.2022), <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/10944/0/02pdf.pdf> (02.09.2023), s. 2.

17 Özlem Özer; Cuma Soğur, "Türkiye'nin Dünya Sağlık Turizmindeki Yeri ve Ekonomik Boyutu, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 4, Sayı 7, 2012 Güz, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/181785> (05.09.2023), s. 70.

ihativa edebilmektedir¹⁸.

Dayanakları Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu¹⁹ (SHTK) m.9/(c) ile Ek m. 11 ve 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin²⁰ 8. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (i) bentleri ile 40. maddesi olan Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik'in²¹ (USTTSHY) 4. maddesinde, uluslararası sağlık turizminin, sağlık hizmeti almak gayesi ile yurt dışından ülkemize geçici bir süre ile gelen, ülkemiz vatandaşı olmayan yahut ülkemiz vatandaşı olmakla birlikte yurt dışında mukim gerçek kişilerin aldıkları her tür sağlık hizmeti ile bu hizmetlerle bağlantılı destek hizmetlerini ifade ettiği belirtilmektedir.

Sağlık hizmeti almak üzere uluslararası seyahat eden kişiler, uluslararası hasta, medikal turist, yabancı hasta, sağlık turisti gibi değişik biçimlerde ifade edilmekle²² birlikte, Sağlık Turizmi Yönetmeliği'nde uluslararası sağlık turizmi kapsamında tıbbi ve/veya tedavi amaçlı olarak hizmet alan hasta, uluslararası sağlık turisti olarak isimlendirilmiştir.

Bu bakımdan, sağlık hizmeti almak amacı ile bir başka ülkeye seyahat eden kişiler, sağlık turizmi kapsamında uluslararası sağlık turisti iken, başka bir sebeple kendi ülkesi dışında bulunduğu sırada ani gelişen bir hastalığa maruz kalan veya acil bir durum sebebi ile sağlık hizmeti alması gereken kişiler sağlık turizmi kapsamı dışındadır²³.

Nitekim Sağlık Turizmi Yönetmeliği'nde, ülkemizde sair herhangi bir sebeple ve geçici süre ile bulunan yabancılara, ülkemizde iken ani olarak gelişen hastalıklarında ve/veya acil bir duruma bağlı olarak sağlık hizmeti sunumu, "turistin sağlığı" olarak ele alınmıştır.

Şu hâlde bir kişinin uluslararası sağlık turisti olarak kabul edilebilmesindeki esaslı unsur, kişinin seyahat ettiği ülkenin sağlık hizmetlerinden yararlanmak amacını taşımasıdır.

18 H. Burak Gemalmaz; İzzet Mert Ertan, "Rabbim Cleveland Dedi: Sağlık Turizmi-İnsan Hakları İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 70, No. 4, 2015, <https://sbfdergi.ankara.edu.tr/dergi/pdf/70/4/8---H.-Burak-Gemalmaz---Izzet-Mert-Ertan.pdf> (06.09.2023), s. 1006.

19 3359 sayılı ve 07.05.1987 kabul tarihli Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, R.G. 15.05.1987 – 19461, yapılan değişiklikler için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.3359.pdf> (20.09.2023).

20 663 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, R.G. 02.11.2011 – 28103 Mükerrer, yapılan değişiklikler için ayrıca bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/4.5.663.pdf> (20.09.2023).

21 R.G. 13.07.2017 – 30123. Sağlık turizmine ilişkin mevzuat hükümleri için ayrıca bkz. Ayfer Uyanık, *Sağlık Turizmi ve Milletlerarası Tıp Hukuku Mevzuatı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

22 Uyanık, *Sağlık Turizmi*, s. 88.

23 Özer, Songur; s. 70; Gemalmaz, Ertan; s. 1006.

2. Tarihî Açından Sağlık Turizmi

Medeniyetlerin var oluşundan itibaren hastaların uluslararası düzeyde dolaşımının söz konusu olduğu, antik uygarlık dönemlerine ilişkin çalışmalarda, pek çok kadim uygarlığın kaplıca ve kutsal tapınak banyolarının şifa verici etkilerinden faydalandığının bilindiği ifade edilmektedir²⁴. Literatürde, 1248 yılında Kahire’de kurulan zamanının en gelişmiş sağlık merkezi olarak bilinen Büyük Mansuri Hastanesi’nin din ve ırk farkı gözetmeksizin hizmet verdiği bilgilerine ulaşılmaktadır²⁵.

14. yüzyıl ile 17. yüzyıl arasında Rönesans döneminde sağlık turizminin de geliştiği, 18. ve 19. yüzyıllarda, Avrupalıların ve Amerikalıların tüberküloz gibi hastalıklara deva bulmak amacıyla dünyanın uzak köşelerine seyahat ettiği, 1900’lü yıllarda ABD ve Avrupa’nın ticari merkez olmanın yanında sağlık merkezleri de olduğu, 1980’lerden sonra sağlık hizmet masraflarının artması ve JCI gibi akreditasyon kuruluşlarının hizmet vermesi ile birlikte Tayland, Singapur, Hindistan gibi ülkelerin sağlık hizmet durağı haline gelmesine yol açtığı belirtilmektedir²⁶.

II. Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Reklam

A. Genel Olarak

Sağlık hizmetlerinde hizmetten yararlanacak kişilerin satın alınacak hizmet konusunda bilgisiz olmaları, hizmetin konusunda uzman olan sağlık çalışanının bileceği karmaşıklıkta olması, hizmetin getireceği tatminin bilinmemesi, sağlık hizmetinden yararlanma ihtiyacı olan kişinin, hizmeti kullanmadan deneme imkanı bulunmaması, hekim-hasta ilişkisinin tamamen güven unsuru içinde kurulmuş olması, sağlık hizmetlerinde, hizmet sonucu elde edilecek tatminin ve hizmet kalitesinin, diğer hizmet türleri ile karşılaştırıldığında oldukça belirsiz olması, hastalık sonrası nekahet, hizmet kalitesi dışında, kontrol edilemeyen pek çok etkene de bağımlı olması nedeniyle belirsizliğin yüksek olması, sağlık hizmetinden yararlanma ihtiyacı duyan bazı kişilerin kendi başlarına seçim yapma ehliyetlerinin bulunmaması, sağlık hizmetlerini diğer hizmet türlerinden ayırmaktadır²⁷.

24 Ayrıntılı bilgi için bkz. John Connell, *Medical Tourism*, Wallingford, Oxfordshire; Cambridge, MA: CABI, 2011, s. 12 vd.; Kemal Güven Gülen, Selma Demirci, *Türkiye’de Sağlık Turizmi Sektörü*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2012, s. 41-42; Sıdıka Kaya, Hasan Hüseyin Yıldırım, Seda Karsavuran, Özlem Özer, *Türkiye Medikal Turizm Değerlendirme Raporu 2013*, T.C. Sağlık Bakanlığı, Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Sağlık Turizmi Daire Başkanlığı, Ankara 2013, s. 5.

25 Eşref Buharalı, “Üç Türk Hükümdarının Yaptırdığı Üç Sağlık Kurumu: Tolunoğulları, Zengiler ve Memluklerde Sağlık Hizmetleri”, *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 40, (31.08.2023), s. 32.

26 Gülen, Demirci, s. 46.

27 Emel Güler; *Sağlık Sektöründeki Mal ve Hizmetler için Yapılan Reklamların Hukuksal Boyutunun Türkiye’deki Durumu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bi-

Günümüzde paternalistik hekim anlayışının yerini, bireylerin sağlık kararları üzerinde kontrol sahibi olması anlayışına bırakması söz konusu ise de sağlık çalışanlarının hastalarla iletişimlerinde tıbbi terimleri kullanmaya devam etmesi ve sağlık bilgilerinin karmaşıklığı gibi nedenlerle çeşitli zorluklar gündeme gelmektedir. Sağlık bilgilerinin yanlış anlaşılması, bireylerin sağlıklarını tehlikeye atabileceği gibi sağlık hizmeti sunucularından uygun olmayan taleplerde bulunmasına da sebep olabilecektir²⁸. Bireylerin sağlık okuryazarlığı düzeyi, hasta hakları ve hasta güvenliği ile ilişkisi nedeni ile sağlık hizmetlerine ilişkin tanıtım ya da reklam hususunda ele alınması gereken konulardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dünya Sağlık Örgütü çalışmalarında, sağlık okuryazarlığı, randevu alabilmek, broşür okuyabilmek, öngörülen eylemlere uymak ya da gıda etiketlerini okuyabilmenin ötesinde, bireylerin, sağlığı geliştirecek ve sürdüreceği biçimde bilgiye erişim, bilgiyi anlama ve kullanma yeteneğini ve motivasyonunu belirleyen bilişsel ya da sosyal becerileri ve bireysel yaşam biçimleri ile koşullarını değiştirerek hem birey hem de toplum sağlığının iyileştirilmek üzere harekete geçebilecek bilgi, kişisel beceriye ulaşması biçiminde tanımlanmıştır²⁹. Genel anlamda okuryazarlıktan farklı bir kavram olan sağlık okuryazarlığı, kişilerin sağlığa etki eden faktörleri anlayarak bunlarla nasıl başa çıkacağını bilmesi olarak ifade edilmekte ve yeterli düzeyde sağlık okuryazarlığına sahip bireylerin, birey ve toplum sağlığı bakımından sorumluluk üstlenme becerisine sahip olacağına işaret edilmektedir³⁰.

limleri Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 19-20. Sağlık turizmi ile ilgili etik sorunlar ve endişeler yönünden bkz. Eliza Barclay, "Stem-cell experts raise concerns about medical tourism", World Report, The Lancet, Cilt 373, Number 9667, March 14, 2009, [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(09\)60529-8.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(09)60529-8.pdf) (15.09.2023), s. 883-884; Lesley N. DeRenzo, "Stem Cell Tourism: The Challenge and Promise of International Regulation of Embryonic Stem Cell-Based Therapies", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2011, Cilt 43, Issue 3, <https://core.ac.uk/download/pdf/214077907.pdf> (15.09.2023), s. 881 vd.; Guido Pennings, "The Ethical Management of Medical Tourism", Ed. David Botterill; Guido Pennings; Tomas Mainil, Medical Tourism and Transnational Health Care, Palgrave Macmillan, Hampshire UK 2013, s. 191.

28 Liliane Moreira; "Health Literacy For People-Centred Care: Where do OECD countries stand?", OECD Health Working Paper No. 107, 10 December 2018, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/d8494d3a-en.pdf?expires=1701170137&id=id&accname=guest&checksum=6B9342AD474FFA4A66A71A3669EEE990> (Erişim: 28.11.2023), s. 4.

29 Don Nutbeam, "Health promotion glossary", Health Promotion International, Cilt 13, Sayı 4, 1998, <https://DOI.org/10.1093/heapro/13.4.349> (Erişim 28.11.2023), s. 357; "Health literacy", World Health Organisation, <https://www.who.int/teams/health-promotion/enhanced-wellbeing/ninth-global-conference/health-literacy> (Erişim: 28.11.2023).

30 Kristine Sørensen; Stephan Van den Broucke; James Fullam; Gerardine Doyle; Jürgen Pelikan; Zofia Slonska; Helmut Brand, "Health literacy and public health: A systematic review and integration of definitions and models", BMC Public Health, Cilt 12, Sayı 80, 2012, <https://DOI.org/10.1186/1471-2458-12-80> (Erişim 28.11.2023), s. 1.

Sağlık okuryazarlığı düzeyinin, sağlık sistemlerinin insan merkezli olması bakımından önemli bir araç olduğu kabul edilmekle birlikte yapılan çalışmalarda 18 OECD ülkesinde sağlık okur yazarlığı düzeyinin nüfusun en az üçte birinde düşük olduğu, bu ülkelerden aralarında Türkiye'nin de sayıldığı 12 ülkede, bu oranın %50'nin üzerine çıktığı belirtilmektedir³¹.

Sağlık okuryazarlığının ne denli düşük olduğunu gösteren söz konusu veriler, sağlık hizmetleri alanında yapılacak tanıtım ve reklamların uygun yasal bir zemine oturtulması gereğini açıkça ortaya koymaktadır.

Günlük yaşamda, reklamların yalnızca halk sağlığını koruyucu ve geliştirici programlarda kullanılmadığı; muayenehaneleri, poliklinikleri, laboratuvarları, hastaneleri, tıbbi görüntüleme merkezlerini, plastik ve estetik cerrahi merkezlerini ve/veya hekimleri tanıtmak amacıyla yapıldığı gözlenmektedir³².

Uygulamada, yaygın biçimde kullanımda olan bir tıbbi teknolojinin ve/veya tıbbi bilginin kişi ve/veya kurum reklamlarında kullanılması, yabancı hekimlerin adının ya da sağlık kuruluşlarının unvanlarının kişi ve/veya kurum reklamlarında kullanılması, bilim ve fenne uygun olmayan tedavi metotlarının tanıtımının, hekimin adına ve/veya ilgili sağlık kuruluşu ya da kurumun unvan ve/veya adresine yer verilerek yapılması, işletme adı veya unvanı belirtilen bir sağlık kuruluşunun ve/veya hekimin, haksız olarak ve bilimsel bir dayanağı olmadığı hâlde kötülenmesi yoluyla, yine işletme adı veya unvanı belirtilen bir başka kurumun ve/veya tanıtımı yapan hekimin kendisinin, diğerlerine nazaran daha üstün olduğunun belirtilmesi, bu sonucu çıkaracak imalarda bulunulması, bir ticari ürününün tanıtımında hekim kimliğine yer verilmesi, bu kimliğin dahi kullanılması, deontolojik açıdan açıklanması yasak olan hasta bilgilerinin kişi ve/veya kurum reklamlarında kullanılması, yayını hazırlayanın hasta kimliğiyle, ilgili hekimin ya da hekimin bağlı olduğu veya çalıştığı sağlık kuruluşu ya da kurumunun tanıtımında bulunması şeklinde tanıtım ihlallerinin gerçekleştiği belirtilmektedir³³.

B. Ulusal Hukuki Mevzuat

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un³⁴ "Tabipler" başlıklı Birinci Faslı içinde yer alan 24. maddesine göre, hekimler hasta kabul ettikleri yeri, uzmanlıklarını ve muayene saatlerini bildiren ilanları düzenlemeye yetkili kılınmışlarsa da hekimlerin diğer başka bir şekilde ilan ve/veya

31 Moreira; s. 4, 10-11.

32 Dilaver Tengilimoğlu, *Sağlık Hizmetleri Pazarlaması*, 3. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2020, s. 232.

33 Güler, s. 46.

34 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, R.G. 14.04.1928 - 863.

reklam yapmaları yasaktır. Ülkemizde hekimlikle ilgili esasları düzenleyen 1219 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen hükmü emredici nitelikte olup reklam amaçlı eylemlerde bulunamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un³⁵ 4. maddesinde, bilimsel, istatistiksel ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımına ilişkin faaliyetler hariç tutulmakla birlikte organ ve doku alınmasına ya da verilmesine dair her tür reklamın yasak olduğu ifade edilmektedir.

Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nda³⁶, sinema, radyo, müstahdemler ya da sair yazılı ve sözlü araçlarla reklam yapılmasına mâni olmak, Tabip Odaları İdare Heyetinin görevleri arasında sayılmıştır³⁷.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nde³⁸ (TDN), hekimlik ve diş hekimliği meslekleri ile tedavi kuruluşlarına ticari bir yön verilemeyeceği, hekim ve diş hekiminin mesleğin şerefini üstün tutmaya mecbur olduğu, her ne şekilde olursa olsun yazılarında kendi reklamını yapamayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde ayrıca, hekim ve diş hekiminin gazetelerde ve diğer yayın araçlarında reklam mahiyetinde teşekkür ilanları yazdıramayacağı belirtilmiştir (m. 8). Mezkûr Nizamname'nin 39. maddesinde ayrıca hekimlerin ve diş hekimlerinin, meslektaşlarının hastalarını elde etmeye yönelik hareket ve girişimlerde bulunamayacağı da hüküm altına alınmıştır.

1219 sayılı Kanuna, 3359 sayılı Kanununun ayrıca 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin ilgili hükümlerine³⁹ dayanılarak hazırlandığı 3. maddesinde belirtilen Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik⁴⁰'in (SHTBFHY), 4. maddesinin 1. fıkrasında reklamın; sağlık hizmetleri alanında faaliyet gösteren özel sağlık tesisleri, sağlık hizmetlerinin verilmesi ya da tıp meslekleri ile ilişkili bir ürün veya hizmete ilgi uyandırmak ya da bu ilgiyi artırmak ve bu ürün veya hizmeti almaya istekli kişileri de ikna etmek amacıyla yazılı, görsel, işitsel ve sair yollarla çeşitli mecralarda gerçekleştirilen, ticari gaye güden pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruları; tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerinin ise özel sağlık tesisleri için hasta kabulü yapılan ve/veya hasta tedavi edilen uzmanlık dallarına, adres ve iletişim bilgilerine, hizmet verilen sağlık alanı ile

35 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, R.G.03.06.1979-16655.

36 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, R.G. 31.01.1953- 8323.

37 6023 Sayılı Kanun, m. 28/f.1-d.

38 R.G.19.02.1960 – 10436.

39 3359 Sayılı Kanun m.9/c, Ek m.11; 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 355.

40 R.G. 29.07.2023 – 32263.

ilintili olup da sağlığı koruyucu ve/veya geliştirici nitelikteki bilgilere, hekimler bakımından ise mesleki ve akademik unvan ile 1219 sayılı Kanunda düzenlenen ana dal ve yan dal uzmanlıklarına, muayene gün ve saatlerine, hasta kabul edilen zaman ve yer bilgisine ve sunmaya yetkili olunan sağlık hizmeti ile ilgili sağlığı koruyucu ve /veya geliştirici nitelikteki bilgilere ilişkin olan; yanıltıcılık ve aldatıcılık unsuru içermeyen, insan sağlığını tehlikeye düşürücü mahiyette de olmayan, keza talep ve haksız rekabet ortamına neden olmayacak ve reklam tanımı kapsamına girmeyecek faaliyetleri ifade ettiği belirtilmiştir.

Mezkûr Yönetmeliğin 5. maddesinde, sağlık hizmet sunumunda örtülü veya açık reklam yapılması ve yaptırılmasının yasak olduğu belirtildikten sonra, hangi ilke ve esaslara uyularak tanıtım ve bilgilendirme yapılabileceği sıralanmıştır. Bu ilke ve esaslara göre; genel ahlaka, meslek etiği kurallarına ve tıbbi deontolojiye uyulması zorunlu olup tanıtım ve bilgilendirme faaliyeti, yalnızca konusunda hukuken yetkili sağlık meslek mensuplarınca yapılabilmektedir. Keza hasta tedavi edilen uzmanlık dallarından başka hastaların dahi kabul ve tedavi edileceği izlenimini uyandıracak şekilde yanlış ve yanıltıcı, yanı sıra kişi sağlığı ile toplum sağlığını tehlikeye düşürücü, talep ve haksız rekabet ortamına neden olacak biçimde tanıtım ve bilgilendirme yapılabilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte tanıtım ve bilgilendirmelerde; bu tanıtım ve bilgilendirme ilgili sağlık meslek mensubunca yapılsa bile, doğru oldukları bilimsel ve klinik olarak kanıtlanıp ortaya konulmamış, yerleşik bir tıbbi metot hâline gelmemiş, Sağlık Bakanlığı tarafından tıbbî işlem olarak tanımlanmamış, bu yönde düzenlemeler yapılmamış tıbbi ve tedavi yöntemleri hakkında da açıklamalara yer verilemeyeceği, bu yöntemlerle söz konusu hastalıkların tedavisine yardımcı olunduğu veya tedavi edildiğine dair açıklamaların kullanılmayacağı belirtilmektedir. Söz konusu esaslara göre bilgilendirme ve tanıtım, sağlık tesisleri için hasta kabulü, tedavi edilen uzmanlık alanları, iletişim bilgileri, ilgili sağlık alanına ilişkin sağlığı koruyucu ve geliştirici mahiyetteki bilgiler, hekim ve dış hekimleri için ana ve yan dal uzmanlıkları, akademik unvanları, muayene tarihleri, hasta kabul edilen zaman ve yer bilgisi ile yine ilgili sağlık alanına ilişkin sağlığı koruma ve geliştirmeye yönelik bilgiler ile sınırlandırılmış olup bu ilke ve esaslarda tanıtım ve bilgilendirmelerin, genel sağlık kontrol ve taramaları, danışmanlık faaliyetleri ve bilgilendirme gibi sebepler de dâhil olmak üzere hastayı bir sağlık meslek mensubuna, bir hekime veya sağlık tesis yahut kuruluşuna doğrudan ve/veya dolaylı olacak şekilde yönlendirici içerik içermeyeceği ifade edilmiştir. Devamla, tanıtım ve bilgilendirmelerde, 1219 sayılı Kanun'da belirtilen ana ve yan dallara ilişkin olanlar dışında uzmanlık unvanı yazılmayacağı ve kullanılmayacağı ifade edilmiş, hastaların sağlık hizmetine ilişkin olarak teşekkür ilanında bulunduğu bir intiba

oluşturucu faaliyetlerde bulunulamayacağı vurgulanmıştır. Yine bu ilke ve esaslar itibariyle, bilimsel terimlerin, çeşitli araştırmalardan elde edilen veri ve neticelerin veya bilimsel yayın yahut eserlerden yapılan alıntılarının, istatistik verilerinin, gerçekte olduklarından farklı neticeler elde edilmesine sebep olacak şekilde sunulabilmesi mümkün olmadığı gibi, sağlık hizmetine konu olan bir hizmetin yahut bir ürünün, diğerlerine nazaran daha farklı veya daha üstün olduğu izlenimine, algısına sebep olabilecek biçimde kişilerin güvenliğini kötüye kullanan yahut bilgisizliğini istismar eden tanıtım ve bilgilendirme yapılabilmesi de mümkün değildir. Yönetmelik'te yer alan ilke ve esaslarda, klasik bilgilendirme ve tanıtım faaliyetlerine yönelik özendirme, hediye ya da çekiliş gibi pazarlama yöntemleri, yanı sıra telefon araması, mektup, kısa ileti, e-posta gönderimi gibi tanıtım yöntemlerine de değinildiği, bu türlü tanıtım ve bilgilendirmelerin dahi telefon aramaları, mektup ve kısa ileti gönderimi gibi hususlar bakımından kişi rızası olmaksızın yapılmasının mümkün olmadığı, özendirme, hediye ya da çekiliş gibi pazarlama yöntemlerinin kullanılmayacağı hususlarının ifade edildiği, özellikle gelişen teknolojinin dikkate alınarak internet sitelerindeki bilgilendirmelerin ne şekilde yapılacağına, hatta internet arama motorlarına hekimler ve sağlık tesisleri tarafından ne şekilde kayıt yaptırılacağına dair hükümlere de yer verildiği görülmektedir.

SHTBFHY'te sosyal paylaşım ve internet sitelerinde yapılan tanıtım ve bilgilendirmeler ile ilgili de hükümlere yer verilmesi, dikkat çekici olup Yönetmelik'in devam eden maddelerinde, Hasta Hakları Yönetmeliği hükümlerine uyulmasının zorunlu olduğu vurgulanmış, tanıtım ve bilgilendirmelerde görsel içeriklerin ne şekilde kullanılacağına; radyo kanalları ile televizyon (TV) kanallarında yapılan tanıtım ve bilgilendirmeler de dâhil olmak üzere tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerinin ne şekilde denetlenip değerlendirileceğine dair hükümlere yer verilmiş, nihayet Yönetmelik hükümlerine aykırı tanıtım ve bilgilendirmeler hakkında çeşitli yaptırımlar da öngörülmüştür.

Türk Tabipleri Birliği Kanunu⁴¹ (TTBK) gereğince disiplin cezalarının uygulanacağı kişileri ve ceza uygulanmasını gerektirecek halleri, yanı sıra disiplin cezası uygulanması gerekli usul ve esasları belirlemek amacıyla, 6023 sayılı Kanun'un 59. maddesine dayanılarak hazırlandığı ilk maddesinde belirtilen Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği'nin⁴² (TTBY) 4. maddesinde, tanıtım kurallarına aykırı davranmak para cezası verilmesini gerektiren hâller arasında sayılmıştır. Aynı maddede devamla, her türlü iletişim mecrasında reklam amacıyla yazılar yazılması, yazdırılması, açıklamalarda bulunulması ortak olunan

41 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, R.G. 31.01.1953- 8323.

42 R.G. 28.04.2004- 25446.

bir kuruluş veya şirket aracılığıyla reklam yapılmasının sağlanması, bireysel olarak veya yöneticisi olunan dernekler veya çalışılan kurum/kuruluşlar aracılığıyla ticari bir ürün veya hizmetin tanıtımında yer alınması yahut böylesi bir reklama aracılık edilmesi, el ilanı ve tabelalar ile basın ve benzeri diğer çeşitli yollarla haksız, tıp etiğine de aykırı olacak biçimde rekabete yol açacak duyurular yapılması, Tıpta Uzmanlık Tüzüğü kapsamında temin edilmiş bir uzmanlık belgesi olmadığı hâlde uzmanmış gibi tanıtım yapılması, Türk Tabipleri Birliği Hekim ve İlaç Tanıtım İlkeleri'ne uygun davranılmaması, bu yönü ile kendi meslektaşlarına maddi bir menfaat temini gayesi ile tedavi ve/veya muayene edilmek üzere hasta gönderilmesi, kendisine hasta sağlanması için aracı kullanılması, zorunlu hâller hariç olmak üzere hastaları kendisinin, ortağının veya bir yakınının sağlık kuruluşuna yönlendirici tavırlarda bulunulması, Türk Tabipleri Birliği veya odalarca belirlenen tabelaya dair kurallara uyulmaması da para cezası verilmesini gerektiren eylemler arasında sayılmıştır.

Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin⁴³(ÖHY) “Bilgilendirme ve Tanıtım” başlıklı m. 60. hükmüne göre, özel hastaneler, meslek etiği kurallarına ve tıbbi deontolojiye aykırı şekilde kişileri yanıltıcı, yanlış yönlendirici, talep yaratmaya yönelik, ayrıca ruhsatında yazılı hasta kabulü ile tedavi ettiği uzmanlık dalları dışında hastaları kabul ve tedavi ettiği izlenimini uyandıran, keza diğer sağlık kuruluşları aleyhine olacak şekilde haksız rekabete neden olacak eylemlerde bulunamaz ve bu şekilde tanıtım yapamazlar. Bununla birlikte Yönetmelik'te özel hastaneler tarafından, abartılı, yanıltıcı, aldatıcı, bilimsel olarak doğru olduğu kanıtlanmamış bilgilere ve bu haliyle talep oluşturmaya yönelik ifadeler taşımaması kaydıyla sağlığı koruma ve geliştirme özelliğindeki bilgilendirme ve tanıtımlar yapılabilmesinin mümkün olduğu, özel hastanelerin hizmet verdikleri alanlar ile verecekleri hizmetlere dair açılış bilgileri ve buna benzer konularda toplumu bilgilendirmek gayesi ile tanıtım yapabileceği ve ilan verebileceği, ancak özel hastanelerin oluşturduğu veya oluşturacağı internet sitelerinde yer alan/alacak her tür sağlığa ilişkin bilginin, alanı ile ilgili bilgi ve deneyimi haiz sağlık meslek mensuplarınca verilmek zorunda olduğu, internet siteleri aracılığıyla hiçbir biçimde tedavi edici sağlık hizmetlerine dair bilgiler verilemeyeceği düzenlenmiştir.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'te⁴⁴ (ATTYÖSKHY) de bilgilendirme ve tanıtım esaslarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Mezkûr yönetmeliğin 29. maddesinin 1. fıkrasına göre, sağlık kuruluşları reklam yapamazlar. Hükmün devam eden fıkrala-

43 R.G. 27.03.2002 - 24708.

44 R.G. 15.02.2008 - 26788.

rına göre, sağlık kuruluşları, kurum ve tesisleri, sağlığı koruyucu ve geliştirici mahiyette bilgilendirme ve yanı sıra hizmet alanları ile sundukları hizmetler ile ilgili konulara ilişkin olarak halkı bilgilendirmek gayesi ile tanıtım yapabilir ve hatta ilan verebilirse de tıbbi deontoloji ile mesleki etik kurallarına uygun olmayan, insanları yanıltıcı, yanlış yönlendirici ve talep yaratmaya yönelik olacak şekilde, yine, doğruluğu bilimsel olarak ortaya konulmamış, kanıtlanmamış veya yerleşik bir tıbbi yöntem haline gelmemiş uygulamalara dayalı olarak tanıtım yapılamaz, yanı sıra diğer sağlık kuruluşları bakımından haksız rekabete neden olacak şekilde davranışlarda bulunulamaz. Ayrıca tabelalarda, basılı ve elektronik ortamdaki materyallerde, ruhsatnamede kayıtlı sağlık kuruluşu adı dışında başka bir ad veya unvan kullanılabilmesi de mümkün değildir. Yönetmelikte mümkün kılınan bilgilendirme ve tanıtım faaliyetler kapsamında, sağlığa dair bilgilerin, konusuna göre ancak yetkili sağlık meslek mensupları tarafından verilebileceği, çeşitli yayın mecralarında yayınlanabileceği anlaşılmaktadır. Fakat yine de bu mecralarda yer alacak bilgilendirme ve tanıtımlar, hastayı o sağlık tesisine, kurum veya kuruluşuna doğrudan veya dolaylı olarak yönlendirecek içerikte olamaz. Söz konusu yönetmeliğin yukarıda zikredilen 29. maddesinde belirtilen esaslarına uymayan sağlık kuruluşlarının işletenleri ve sorumlu müdürleri yönünden ilgili mevzuat hükümlerindeki yaptırımların uygulanacağı da hükmün son fıkrasında yer bulmuştur.

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te⁴⁵ (ÜYTY) bilgilendirme ve tanıtıma ilişkin olarak ayrı bir düzenleme mevcuttur. Hükme göre⁴⁶, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulanan merkezlerin, tıbbi deontolojiye ve meslek etiği kurallarına aykırı olacak şekilde, insanları yanıltıcı, yanlış yönlendirici, talep yaratma amacıyla diğer merkezler aleyhine haksız rekabet oluşturacak şekilde davranışlarda bulunamayacakları, bu yönde tanıtım faaliyeti yapamayacakları, istatistiksel bilgilerin bilimsel yayın organları dışında Bakanlık izni olmadan yayınlanamayacağı, abartılı nitelikte başarı oranı ile sonuç bildirimini ve ayrıca görsel ya da yazılı basın yolu ile kamuoyunun ya da hastaların yanlış bilgi sahibi olmasına neden olacak her türlü faaliyetin yasak olduğu, işbu Yönetmelik hükümleri ile düzenlenen üremeye yardımcı tedavi uygulamaları ile Yönetmelikte düzenlenenler dışındaki uygulamalar hakkında, bilgilendirme amacıyla da olsa herhangi bir basın ve iletişim aracıyla reklam yapılmasının yasak olduğu hükme bağlanmıştır.

45 R.G. 30.09.2014 - 29135.

46 Bkz. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik, m. 24.

Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği'nin⁴⁷ 24. maddesinde de kordon kanı bankacılığı hakkında reklam yapmanın yasak olduğu, bu Yönetmelik kapsamındaki çalışmalara ticari bir görünüm verilemeyeceği gibi, bilimsel gerçek ve verilere uygun düşmeyen, bunlara dayalı olmayan, halkı yanıltıcı, yanlış yönlendirici, paniğe sevk edici davranışlarda bulunulamayacağı, aksine durumda, bu şekilde davrananlar hakkında ilgili mevzuat hükümleri uyarınca işlem yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Ambulanslar ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği'nde⁴⁸, ambulans servislerinin, sağlığı koruyucu ayrıca acil sağlık hizmetlerinin tanıtılması ve geliştirilmesi mahiyetinde bilgilendirme ve tanıtımlar yapabileceği, keza hizmet alanları ve vereceği hizmetler yanı sıra ilgili açılış bilgileri ve buna benzer konularda kişileri bilgilendirmek gayesi ile tanıtım yapabileceği ve hatta ilan dahi verebileceği ancak ambulans servislerinin, tıbbi deontolojiye ve meslek etiği kuralları hilafına, kişileri yanıltıcı, yanlış yönlendirici, ruhsatında yazılı hizmetler dışında başka hastaları dahi kabul ve tedavi ettiği izlenimini uyandırıcı, ayrıca diğer servisler aleyhine haksız rekabet oluşturacak şekilde davranışlarda bulunamayacakları ve bu nitelikte tanıtım yapamayacakları, devamla bilgilendirme ve tanıtım faaliyetlerine ilişkin olarak, yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak ortaya konulmamış ve kanıtlanmamış olan bilgi ve ifadeler yer verilemeyeceği belirtilmiştir⁴⁹.

Hiperbarik Oksijen Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in⁵⁰ 37. maddesi ile söz konusu tedavi yönteminin uygulandığı özel sağlık kuruluşlarının, çalışmalarına ticari bir görünüm veremeyecekleri açıkça hükme bağlanmıştır. Yönetmelik'te yalnızca ilgili özel sağlık kuruluşuna müraaat eden hastaların kullanımına yönelik olmak üzere, temelde sağlığı geliştirici ve koruyucu mahiyette ilgili sağlık kuruluşunun faaliyette bulunduğu alan ile ilgili sağlık sorunlarını, bu sorunlardan korunma veya bu sorunların sebep olduğu olumsuzlukların kişisel önlemlerle giderilmesi veya azaltılması hakkında bilgileri ihtiva edecek şekilde yazılı veya görsel yahut işitsel eğitim materyalleri hazırlayabilecekleri mümkün kılınmışsa da bu türlü tanıtımların, insanları yanıltıcı, yanlış yönlendirici, paniğe sevk edici mahiyette olamayacağı, ayrıca benzer nitelikteki tesisler ile çalışanları arasında rekabete neden olacak içerikler ihtiva edemeyeceği de ifade edilmiştir.

47 R.G. 05.07.2005 - 25866.

48 R.G. 07.12.2006 - 26369.

49 Bkz. Ambulanslar ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği m. 33.

50 R.G. 01.08.2001 - 24480.

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin⁵¹ 12. maddesinde, bu Yönetmelik kapsamındaki ünite ve uygulama merkezlerinin Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen bilgilendirme ve tanıtıma ilişkin mevzuatına uymak zorunda olduğu, Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen bilgilendirme ve tanıtıma dair hükümlerin ihlali edilmesi durumunda ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı, işbu Yönetmelik dahilindeki uygulamalara dair tıbbi ürünlere ilişkin tanıtımlarda ise tıbbi ürün tanıtımına ilişkin ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.

Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin⁵² 33. maddesinin 4. fıkrası ile organ nakli hizmetlerine yönelik olarak, reklam ve benzeri tanıtım faaliyetlerinin düzenlenmesi ve düzenlettirilmesi yasak kılınmış, bu yasağa rağmen reklam ve reklam benzeri tanıtım etkinlikleri düzenleyen ve düzenlettirenler hakkında ilgili mevzuatına göre yaptırım uygulanacağı ifade edilmiştir.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın⁵³ "Ticari Amaç ve Reklam Yasağı" kenar başlıklı 11. maddesi ile hekimin mesleki faaliyetini yerine getirirken reklam yapamayacağı, ticari nitelikteki reklamlara araç olamayacağı, insanların yanıltılmasına, paniğe düşmesine, yanlış yönlenebilmesine, keza haksız rekabete neden olacak davranışlarda bulunamayacağı, faaliyetlerine ticari bir görünüm veremeyeceği hüküm altına alınmıştır. Düzenlemede ayrıca hekimin, yayın araçlarıyla yapacağı duyurularında olması hâlinde, Tababet Uzmanlık Tüzüğü uyarınca kabul edilmiş uzmanlık alanı ile çalışma günlerini ve çalışma saatlerini bildirebileceği, tabela ve benzeri nitelikteki tanıtım araçlarının biçim ve boyutlarının ise yerel tabip odası tarafından belirleneceği hususları yer almaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığına bağlı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan Özel Sağlık Kuruluşlarının Bilgilendirme ve Tanıtım Faaliyetleri konulu, 15.08.2013 tarih ve 2013/15 Sayılı Genelge'de⁵⁴ hukuki düzenlemelerle insan sağlığının, ticari unsur haline dönüştürülmesine mâni olunması ve temel bir kamu hizmeti mahiyetindeki sağlık hizmetlerinin görülmesi esnasında kamu yararının korunmasının amaçlandığı, bu nedenle mevzuatta yer alan esaslara uygun olmayan bilgilendirme ve tanıtım faaliyetinde

51 R.G. 27.10.2014 – 29158.

52 R.G. 09.12.2022 – 32038.

53 Türk Tabipleri Birliğinin 47. Büyük Kongresi'nde 10-11 Ekim 1998'de kabul edilip 01.02.1999 tarihinde yayımlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, 3. maddesinde belirtildiği üzere 6023 Sayılı Kanunun 59. maddesinin birinci fıkrasının g bendine dayanılarak hazırlanmıştır. Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 46. maddesine göre, bu kurallar bütünü hükümlerine aykırı eylemlerinin mevcudiyeti halinde, hekimlerin disiplin sorumlulukları gündeme gelecektir.

54 https://shgm.saglik.gov.tr/Eklenti/4234/0/2013-15-ozel-saglik-kuruluslarinin-bilgilendirme-ve-tanitim-faaliyetleripdf.pdf?_tag1=2CD4B84F9EB2944F29D218EE9180535A2EB6D56A (16.03.2023).

bulunulması hâlinde, ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşlarına ilgili mevzuatına göre yaptırımlar uygulandığı, bilgilendirme ve tanıtım faaliyetlerinin ilgili mevzuatına uygun yürütülmesi ve uygulamada da birliğin sağlanması gayesi ile özel sağlık kuruluşlarının söz konusu genelgede belirtilen temel esaslara uyması gerektiği ifade edilmiştir. Genelgeye göre, bilgilendirme ve tanıtımların, yürürlükteki mevzuata, genel ahlak kuralları ile tıbbi deontoloji kuralları ile meslek etiği kurallarına uygun yapılması gerekir. Sağlık ile ilgili bilgilendirmelerin, yalnızca alanında yeterli bilgi ve deneyime sahip hukuken de yetkili olan sağlık meslek mensupları tarafından yapılabileceği, internet sitelerindeki tanıtım ve bilgilendirmenin ise son güncelleme tarihinin ve ayrıca ilgili web sayfası editörünün iletişim bilgilerinin açıkça belirtileceği, bilgilendirme ve tanıtım amacını aşacak nitelikte, açık ve/veya örtülü reklam yapılamayacağı ifade edilmiştir. Genelgede ayrıca bilgilendirme ve tanıtımların, sağlık kuruluşlarının tedavi konularına ilişkin uzmanlık dalları dışında hastaları kabul ve tedavi ettiği izlenimini uyandıracak şekilde yapılamayacağı, bilgilendirme ve tanıtımlarda, bu bilgilendirme ve tanıtım hekim tarafından yapılıyor olsa bile doğru olduğu bilimsel ve klinik açıdan kanıtlanmamış ayrıca yerleşik tıbbi yöntem haline gelmemiş, mevzuatta da tıbbi işlem olarak tanımlanmamış ve bu şekilde düzenlenmemiş tedavi ve metodlara dair açıklamalara yer verilemeyeceği, bu metodlarla hastalıkların tedavi edildiği ya da tedavisine yardımcı olduğuna ilişkin ifadelerin de kullanılmayacağı belirtilmiştir. 2013/15 sayılı söz konusu Genelgede, “Hasta Taşıma Hizmeti Alımı” konulu 2011/20 sayılı Genelge’de düzenlenen esaslar haricinde, ücretsiz muayene, ücretsiz check up, ücretsiz sağlık taraması (kemik, kanser, göz vb.), ücretsiz servis gibi kampanyalar düzenlenemeyeceği, benzeri faaliyetlerde bulunulamayacağı da ifade edilmiştir. Sağlık kuruluşlarına müracaat eden bireylerin, hastalıkları ile ilgili olarak ya da muayene/tedavi tarihlerinin bildirilmesi haricinde, kişilerin bilgi ve rızaları hilafına kişisel telefonlarının aranmayacağı, kısa mesaj, e-posta ya da mektup gönderilemeyeceği hususu da 2013/15 Sayılı Genelgede yer alan bir diğer düzenlemedir.

III. Sağlık Turizmi Bakımından Tanıtım ve Reklam

A. Genel Olarak

Bir ülke ekonomisinin önemli bileşenlerinden olan turizm ile temelde amaçlanan, o ülkeye döviz kazandırmaksa da sağlık turizmi faaliyetlerinde bulunan ülkelerin, döviz kazanımının yanında bu faaliyetleri sebebi ile sağlık sektörünün de geliştiği bir gerçektir.

Nitekim, sağlık turizmi faaliyetlerinde bulunan ülkelerin, edindikleri olgu tecrübesi ile sağlık sektöründe gelişim gösterdiği gözlemlenmiş, ülkemizde de bu doğrultuda sağlık turizminin geliştirilmesi için pek çok adım atılmıştır.

Bununla birlikte artık bilgiye kolayca erişilen dünyada, ülkeler, sağlık turizmi faaliyetlerinde de birbirleri ile rekabet eder hâle gelmiştir.

Ülkemizin de sağlık turizmi alanında dünyada yerini alması için yapılan çalışmalar arasında hukuki alt yapı çalışmaları da bulunmaktadır⁵⁵

IV. Hukuki Mevzuat Yönünden

USTTSHY'nin "Bilgilendirme ve Tanıtım" kenar başlıklı 12. maddesinde, uluslararası sağlık turizmi ile ilgili yetkisi bulunmayan sağlık tesislerinin ve aracı kuruluşların bilgilendirme ve tanıtım yapamayacağı ifade edildikten sonra, bu kapsamdaki tanıtım faaliyetlerinin, Türkiye'de talep oluşturacak şekilde ve Türkçe olarak tanıtım yapılamayacağı, tanıtımların yalnızca tanıtımın yapılacağı ülkenin dilinde ve/veya İngilizce dilinde yapılabileceği, internet sitelerinde, sağlık turizmi kapsamında verilecek hizmetlere yönelik bilgiler ve ayrıntılı ulaşım bilgilerinin son güncelleme tarihi belirtilmek suretiyle yayınlanabileceği, tanıtımlarda, yetkili olunmayan, ilgili sağlık tesisinin ruhsatında ve faaliyet izni belgesinde bulunmayan sağlık hizmetlerine dair bilgilere, ayrıca mesleki ve etik kurallara uygun olmayan, yanlış ve yanıltıcı, yanı sıra yurtiçindeki vatandaşlar için de talep oluşturmaya yönelik olacak şekilde bilgilere yer verilemeyeceği, internet sitesi ile diğer tanıtım araçlarında sağlıkla ilgili bilgilendirmelerin, ancak alanında bilgi ve deneyimi haiz, hukuken yetkili sağlık mensupları tarafından yapılmasının gerektiği, tanıtımlarda, tedavi gören hastaların öykülerine, hasta mahremiyeti ile hasta haklarına uygun olmasının yanı sıra bu konuda gerekli onamının alındığını belgelendirme kaydıyla yer verilebileceği belirtilmektedir.

Mezkûr Yönetmeliğin aynı maddesine göre tanıtımlarda yürürlükteki mevzuat itibarıyla ülkemizde uygulanması yasak kılınan ve/veya uygulanmasına izin verilmeyen tıbbi işlem ve uygulamalar bulunamaz.

Öte yandan yukarıda sağlık hizmetlerinde tanıtım ve reklam faaliyetlerine ilişkin hukuki mevzuat kısmında da değinilen SHTBFHY'nin 5. maddesinin 4. fıkrasında, uluslararası sağlık turizmine yönelik tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerinin USTTSHY hükümlerine uygun olarak yürütüleceği belirtildikten sonra, 10. maddede, Yönetmelik'te belirtilen esaslara uygun olmayacak şekilde

55 Uyanık – Çavuşoğlu, Ayfer, "Sınır Ötesi Sağlık Hizmeti ve Hukuk", *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Sayı 26, Mart-Nisan-Mayıs 2013, s. 74.

tanıtım ve bilgilendirme yaptığı belirlenen uluslararası sağlık turizmi sağlık tesisi ya da aracı kuruluşunun uyarılacağı, bir yıl içerisinde tekrar tespiti halinde bir ay, üçüncü defa tespit edilmesi halinde ise üç ay süreyle tesisin ve kuruluşun sağlık turizmi faaliyetinin durdurulacağı ifade edilmiş, sağlık turizmi tesisleri ya da aracı kuruluşları için de bu şekilde yaptırımlar öngörülmüştür.

T.C Ekonomi Bakanlığı⁵⁶, Döviz Kazandırıcı Hizmet Ticaretinin Geliştirilmesine ilişkin olarak yaptığı genel tanıtım kapsamında, ülkemizin uluslararası ticaretteki hizmet gelirlerinin artırılması, hizmet kesimlerimizin uluslararası alandaki rekabet gücünü geliştirmesi ve Cumhuriyetimizin yüzüncü yılında 150 milyar Amerikan Doları hizmet ihracatı hedefine ulaşılabilmesi gayesi ile 2012/4 sayılı Döviz Kazandırıcı Hizmet Ticaretinin Desteklenmesi Hakkında Tebliğ yürürlükten kaldırılarak 2015/8 sayılı Döviz Kazandırıcı Hizmet Ticaretinin Desteklenmesi Hakkında Karar⁵⁷ ile 2015/9 sayılı Döviz Kazandırıcı Hizmet Sektörleri Markalaşma Destekleri Hakkında Karar'ın yürürlüğe girdiğini duyurmuştur⁵⁸.

Para-Kredi ve Koordinasyon Kurulu'nca, Ekonomi Bakanlığı'nın 29.04.2015 tarih ve 55641 sayılı yazısı ile İhracata Yönelik Devlet Destekleri Değerlendirme Komitesinin 24.04.2015 tarihli 7 No'lu Toplantısında yer alan 2. gündem maddesiyle ilgili olarak aldığı Karar dikkate alınarak, 94/6401 sayılı İhracata Yönelik Devlet Yardımları Kararına istinaden hazırlanan 2015/8 Sayılı Karar'ın⁵⁹ kabulüne karar verilmiştir.

Türkiye'nin döviz kazandırıcı hizmet kesimlerinin uluslararası alandaki gelirlerinin artırılması ile rekabet gücünün geliştirilmesi, bu kesimlerin dış pazarlara açılması ve markalaşması gayesi ile, Türkiye'deki şirket ve kuruluşların gerçekleştirdiği faaliyet giderlerinin Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu'nda karşılanmasının amaçlandığı ilk maddesinde belirtilen, 2015/8 Sayılı Karara göre, bu karar kapsamındaki desteklerden, Türkiye'de yerleşik işbirliği kuruluşları, sağlık kuruluşları ile sağlık turizmi şirketleri de yararlandırılacaktır.

56 10.07.2018 tarih ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Ticaret Bakanlığı kurulmuş (m. 441 vd.) 10.01.2019 tarih ve 30651 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 27 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile teşkilat yapısında değişiklikler yapılmıştır.

57 Bkz. 2015/8 sayılı Döviz Kazandırıcı Hizmet Ticaretinin Desteklenmesi Hakkında Karar'ın uygulamasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacı ile hazırlandığı 1. maddesinde belirtilen 2015/8 Sayılı Döviz Kazandırıcı Hizmet Ticaretinin Desteklenmesi Hakkında Karar'ın Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Genelge, <https://ticaret.gov.tr/data/5e0eoba313b87658f03c992c/2015-8%20say%C4%B1%C4%B1%20Karar%C4%B1%20Uygulama%20Usul%20ve%20Esaslar%C4%B1%20Genelgesi.pdf> (17.09.2023)

58 <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Kurum/24308261> (17.03.2023)

59 R.G. 02.06.2015 – 29374.

Ekonomi Bakanlığı'nın 2015/8 Sayılı Kararının 5. maddesinin 1. fıkrasının  bendinde, sağlık turizmi alanında faaliyette bulunan yararlanıcıların gerçekleştirdiği, tanıtım, reklam, pazarlama faaliyetlerine yönelik harcamaların, %60 oranında ve yıllık en çok 400.000 Amerikan Doları olarak destekleneceği, belirtilmiştir. Yararlanıcılar bu destek unsurundan en fazla dört yıl süre ile yararlanabilecektir⁶⁰.

2015/8 Sayılı Karar'da sağlık turizmi sektörüne yönelik ilave destek unsurları arasında sayılan, Münhasıran Yurt Dışına Yönelik Olarak Yurt İçinde Gerçekleştirilen Tanıtım ve Eğitim Faaliyetlerinin Desteklenmesi kapsamında, eğitim kurumları ile sağlık kuruluşları tarafından, yurt dışından davet edilen ilgili kurum ve kuruluş temsilcilerinin katılımı ile münhasır olarak yurt dışına yönelik ve fakat yurt içinde düzenlenen tanıtım ve pazarlama etkinliklerine ilişkin giderlerinin de %50 oranında ve program başına en fazla 50.000 Amerikan Doları destekleneceği hükme bağlanmıştır.

2015/8 Sayılı Döviz Kazandırıcı Hizmet Ticaretinin Desteklenmesi Hakkında Karar'ın Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Genelge'de⁶¹, hükümde sayılan diğer sektörler yanında, sağlık turizmi sektörüne yönelik destek unsurları arasında yer verilen reklam, tanıtım ve pazarlama desteği bakımından, bu faaliyetlere yönelik giderlerin desteklenmesine ilişkin başvuruların, Genelge'de Ek-8 olarak bulunan, "Reklam, Tanıtım ve Pazarlama Desteği Başvuru Belgeleri" ile birlikte doğrudan ya da posta kanalı ile Genel Müdürlüğe yapılacağı ifade edilmiştir (m. 8/f.1).

Mezkûr Genelgenin 8. maddesinin 2. fıkrasında, tanıtım, reklam, pazarlama faaliyeti ile hedef kitleye ulaşılmasının, uygun bir organizasyon yerinin seçilmesi ve tanıtım gayesini içeren mesajın etkin iletişim yol ve yöntemleriyle verilmesinin, bu madde kapsamındaki desteklerden yararlanılması bakımından esas olduğu belirtilmiştir.

Radyo, TV, internet ve havayolu şirketi yayınları gibi kitle iletişim araçları kanalıyla yalnızca yabancı dilde yapılacak tanıtım harcamalarının destekleneceği, broşür, katalog, el ilanı, afiş gibi basılı tanıtım malzemelerinin desteklenmesine ilişkin başvuruların, malzemenin kullanıldığı etkinliğe ilişkin bilgi ve ayrıca görsel örneklerin sunulması koşuluyla değerlendirileceği hüküm altına alınmıřtır⁶².

Para-Kredi ve Koordinasyon Kurulunca, Ekonomi Bakanlığının 29.04.2015

60 Bkz. 2015/8 Sayılı Karar m. 24/f.1.

61 <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Kurum/24308261> (17.09.2023)

62 2015/8 Sayılı Döviz Kazandırıcı Hizmet Ticaretinin Desteklenmesi Hakkında Karar'ın Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Genelge, m. 8/f.3-4.

tarhli ve 55639 sayılı yazısı ile İhracata Yönelik Devlet Destekleri Değerlendirme Komitesinin 24.04.2015 tarihli 7 No'lu Toplantısında yer alan 1. gündem maddesiyle ilgili olarak aldığı Karar dikkate alınarak, 94/6401 sayılı İhracata Yönelik Devlet Yardımları Kararına istinaden hazırlanan 2015/9 Sayılı Karar⁶³ın kabulüne karar verilmiştir.

2015/9 Sayılı mezkûr kararın amacının, döviz kazandırıcı hizmet sektörlerinde faaliyet gösteren ve Türkiye'de yerleşik bulunan kurum ve kuruluşlar ile şirketlerin, markalaşmak maksadıyla gerçekleştirdikleri faaliyetlere dair giderlerin, Türkiye İhracatçılar Meclisi (TİM) ve İhracatçı Birliklerinin TURQUALITY® Programı kapsamında kurum ve kuruluşlar ile şirketlerin markalaşma sürecinde yurt içi ve yurt dışında vereceği desteklere yönelik harcamaların, Türk markalarının pazara giriş ve tutunmalarına ilişkin gerçekleştirecekleri her tür faaliyet ve organizasyona giderleri ile hizmet kesimlerine yönelik olumlu nitelikte Türk malı ve hizmeti imajının ortaya çıkarılması ve yerleştirilmesi için yurt içinde ve yurt dışında yapacağı her çeşit harcamanın Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu'ndan karşılanması olduğu ifade edilmiştir⁶⁴.

2015/9 Sayılı Döviz Kazandırıcı Hizmet Sektörleri Markalaşma Destekleri Hakkında Karar'ın Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Genelge'de⁶⁵ de yararlanıcıların, 2015/9 sayılı Karar'ın EK-1'inde belirtilen tanıtım, reklam ve pazarlama harcamalarının destek kapsamında olduğu belirtilmiştir (m. 13).

Mülga Para-Kredi ve Koordinasyon Kurulunun 26/5/2015 tarihli ve 2015/9 sayılı Kararı, 18 Mayıs 2020 tarih ve 2564 sayılı Döviz Kazandırıcı Hizmet Sektörleri Markalaşma Destekleri Hakkında Karar⁶⁶ ile yürürlükten kaldırılmış ve 2015/9 Sayılı Karar yönünden geçiş hükümleri ihdas edilmiş; 20 Nisan 2022 tarih ve 5468 sayılı tarih ve 5468 sayılı Döviz Kazandırıcı Hizmet Sektörleri Markalaşma Destekleri Hakkında Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar⁶⁷ ile de 2564 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararında değişiklikler yapılmıştır. 9 Mayıs 2023 tarihinde yürürlüğe girdiği belirtilen Döviz Kazandırıcı Hizmet Sektörleri Markalaşma Destekleri Hakkında Kararın Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Genelge'nin⁶⁸ ilk maddesi ile işbu Genelgenin amacının, Türkiye'de

63 R.G. 02.06.2015-29374.

64 Bkz. 2015/9 Sayılı Döviz Kazandırıcı Hizmet Sektörleri Markalaşma Destekleri Hakkında Karar, m. 1.

65 <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Kurum/24308261> (17.03.2023)

66 R.G. 20.05.2020 – 31132.

67 R.G. 21.04.2022 – 31816.

68 <https://ticaret.gov.tr/data/5ee1d8e013b876e308cc1245/2564%20Say%C4%B1%C4%B1%20Karar%C4%B1n%20Uygulama%20Usul%20ve%20Esaslar%C4%B1%20Genelgesi.pdf> (17.09.2023).

yerleşik aralarında sağlık turizmi sektörünün de yer aldığı sektörlerde faaliyet gösteren yararlanıcılar ile iş birliği kuruluşlarının 2564 Sayılı Karar çerçevesinde desteklenmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi olduğu belirtilmiştir. Destek kapsamına alınma ve ayrıca destek süreçleri mezkûr Genelge'de ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olup Genelge Ek-14'ünde, reklam, tanıtım ve pazarlama faaliyetlerine yer verilmiştir. Yükseköğretim Kurulu, Türkiye İhracatçılar Meclisi, Hizmet İhracatçıları Birliği, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu, ihracatçı birlikleri, ticaret ve/veya sanayi odaları, ilgili sektörlerde faaliyet gösteren dernekler, birlikler, konseyler gibi çatı kuruluşlarını ve diğer kuruluşları ifade ettiği 3. maddesinin 1. fıkrasının (ğ) bendinde belirtilen Genelge'de, işbirliği kuruluşlarının destek kapsamına alınan projeleri çerçevesinde gerçekleştirdikleri Genelge'nin Ek-14'ünde belirtilen -radyo, TV, internet, basılı araçlarla tanıtım, açık alan/iç mekan, özel tanıtım/pazarlama giderleri ile diğer tanıtım/pazarlama harcamaları- şeklindeki reklam, tanıtım ve pazarlama faaliyetlerinin desteklendiği hükme bağlanmıştır (m. 9). Genelgede ayrıca yararlanıcıların ya da yatırım yetkisi verilen şirketlerin/kuruluşların, destek kapsamına alınan markaya ilişkin olarak hedef pazarlara yönelik gerçekleştirdikleri Genelge'nin Ek-14'ünde belirtilen reklam, tanıtım ve pazarlama faaliyetlerinin desteklendiği hükme bağlanmıştır (m. 11).

Sağlık Turizmi ve Turist Sağlığı Kapsamında Sunulacak Sağlık Hizmetleri Hakkında Yönerge'de⁶⁹ uluslararası hastalara ve turistlere, kamu kuruluşlarında ya da özel sağlık kuruluşlarında verilecek sağlık hizmetlerinin usul ve esaslarının belirlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir (m.1). Söz konusu Yönergenin "Tanıtım, Bilgilendirme ve Tercümanlık" başlıklı 5. maddesinde, 1. ve 2. seviye illerdeki Kamu Hastaneleri Birliklerinin, uluslararası hasta birimi bulunan hastanelerinin, il sağlık turizmi birimi olan sağlık müdürlüklerinin, yurt dışına yönelik, sağlık turizmi potansiyeli ve verilecek sağlık hizmetlerine dair bilgilendirme için tanıtım yapabileceği, bu çalışmaların bedelinin döner sermaye kaynaklarından karşılanacağı düzenlemesi mevcuttur. Hükümde ayrıca, sağlık kuruluşlarının, sağlık turizmi tanıtımlarında Sağlık Bakanlığının konuyla ilgili mevzuatına uymakla yükümlü olduğu, uluslararası hasta kabul eden sağlık kuruluşlarının internet sitelerindeki sayfalarını bilgilendirme amaçlı olarak ve asgari İngilizce olmak koşuluyla düzenlemek zorunda olduğu, uluslararası hastaların başvurularında kullanılacak, hasta onamının alınmasına ilişkin formların da asgari olarak İngilizce olmak üzere değişik dillerde düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

69 23.07.2013 tarihli ve 25541 sayılı Bakan onayı ile yürürlüğe konulmuştur. <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-24597/saglik-turizmi-ve-turist-sagligi-kapsaminda-sunulacak-s-.html>, (17.03.2023)

Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan Özel Sağlık Kuruluşlarının Bilgilendirme ve Tanıtım Faaliyetleri konulu, 15.08.2013 tarih ve 2013/15 Sayılı Genelgesi'nde⁷⁰, sağlık turizmindeki tanıtım çalışmalarının özel sağlık kuruluşları ya da söz konusu kuruluşlar adına tanıtım faaliyetlerinde bulunan aracı kuruluşlar tarafından hangi esaslara göre yürütülmesi gerektiği düzenlenmiştir. Genelgede, tanıtımların, tanıtım yapılması hedeflenen ülkenin dilinde ve/veya İngilizce dilinde yapılabileceği, yurt içinde talep sağlayacak şekilde, Türkçe olarak tanıtım yapılamayacağı belirtilmiştir. Kuruluşun internet sitesindeki sayfalarda, son güncelleme tarihi belirtmek kaydıyla, sunulacak hizmetlere dair bilgilerin, ayrıntılı ulaşım bilgileri ile fiyat listesinin ilan edilebileceği, tanıtımlarda, yetkili bulunulmayan, ruhsat ve faaliyet izin belgesinde kayıtlı olmayan hizmetler ile etik kurallara aykırı, yanıltıcı ve yanlış şekilde ve yurt içinde bulunan vatandaşlar yönünden talep oluşturmaya yönelik bilgilere yer verilemeyeceği ifade edilmiştir.

Söz konusu 2013/15 Sayılı Genelge'de ayrıca, internet sitesi ve diğer tanıtım gereçlerindeki sağlık bilgilendirmelerinin, alanında bilgi ve deneyime sahip hukuken yetkili sağlık meslek mensuplarınınca yapılması gerektiği, hasta haklarına ve hasta mahremiyetine uygun olmak ve ayrıca belgelendirmek kaydıyla tanıtımlarda tedavi gören hastaların hikayelerine yer verilebileceği, tanıtımlarda, yürürlükteki mevzuat itibarıyla ülkemizde uygulanması yasak kılınan ya da izin verilmeyen tıbbi işlem ve uygulamalara yer verilemeyeceği hususları hüküm altına alınmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı'nın 2019 - 2023 Stratejik Planı'nda⁷¹, Türkiye'de sağlık turizmini güçlendirmek hedefine yönelik olarak aktif tanıtım, pazarlama, uluslar arası işbirliği, sağlık turizmi kapsamında turist sayısının ve gelirinin artırılması, ulusal marka planının geliştirilmesi, şehir hastanelerinin sağlık turizmi kapsamında tanıtılması biçiminde stratejiler belirlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı 11. Kalkınma Planı (2019 – 2023)⁷² ile de konaklama süresini artıracak ve turizmin

70 T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün Özel Sağlık Kuruluşlarının Bilgilendirme ve Tanıtım Faaliyetleri konulu, 15.08.2013 tarih ve 2013/15 Sayılı Genelgesi, https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/4234/0/2013-15-ozel-saglik-kuruluslarinin-bilgilendirme-ve-tanitim-faaliyetleripdf.pdf?_tag1=2CD4B84F9EB2944F29D218EE9180535A2EB6D56A (17.09.2023).

71 T.C. Sağlık Bakanlığı 2019-2023 Stratejik Planı, Ankara, Güncellenmiş Versiyon, 2022, <https://sgb.saglik.gov.tr/Eklenti/35748/0/tc-saglik-bakanligi-2019-2023-stratejik-planiguncellenmis-versiyonupdf.pdf> (17.03.2023)

72 T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, 11. Kalkınma Planı 2019-2023, Ankara 2019, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/On_Birinci_Kalkinma_Plani-2019-2023.pdf (Erişim 17.03.2023).

sürekliliğini sağlayacak sağlık turizminin geliştirilmesi için tanıtım ve yanı sıra yatırımlarda bulunulması, sağlık turizmi alanında tanınırlık ve tercih edilirliliğinin artırılması, sağlık turizmi hizmet kapasitesinin nitelik ve nicelik olarak geliştirilmesi, sağlık turizmine yönelik hukuki düzenlemelerin yapılması, akreditasyon ve denetim altyapısının güçlendirilmesi, sağlık turizminin termal turizm ile yaşlı ve rehabilitasyon turizmiyle olan entegrasyonunun sağlanması, sağlık turizminde ülkemizin pazarlama ve tanıtım faaliyetlerinin yürütülmesi şeklinde hedeflere yer verildiği görülmektedir.

B. Uygulamada İhlaller

Uygulamada, sağlık sektöründeki reklam ve tanıtım kurallarına ilişkin yarıkarıda özetlenen hukuki mevzuatın yanı sıra sağlık turizminde reklam ve tanıtıma ilişkin USTTSHY hükümlerine yönelen aykırılıklar olduğu, özellikle de mezkûr yönetmeliğin 12. maddesine aykırı olarak yetki verilmemiş olan sağlık kuruluşları ile aracı kuruluşlar tarafından tanıtımlar yapıldığı, internet sitelerine yerleştirilen tanıtımların tıbbi müdahalelere yönelik talep yaratıcı biçimde olduğu, hatta çeşitli tıbbi müdahalelerle ilgili hastaların tıbbi müdahale öncesine ve tıbbi müdahale sonrasına dair görüntülerine yer verildiği gözlemlenmektedir.

Reklam Kurulunun⁷³, sağlık turizmine ilişkin reklam faaliyetlerinde, USTTSHY'nin 12. maddesinde belirtilen kuralların yanı sıra 6023 sayılı Kanun, 3359 sayılı Kanun, 6502 sayılı TKHK ve TRHTUY'yi bir arada ele aldığı görülmektedir.

Örneğin bir sağlık kuruluşun internet sayfasında bulunan çeşitli tarihlerdeki paylaşımlarında, sağlık turizmi alanına ilişkin tanıtımlarda bulunması ve çeşitli tıbbi müdahalelerle ilgili hastaların tedavi öncesine ve sonrasına ait görüntülerine yer vermesi, ayrıca tıbbi işlemlerle ilgili reklam niteliğinde ifadelerin kullanması, Reklam Kurulunun D. 2022/483, T. No: 322 ve 14.06.2022 tarihli kararına konu olmuş, Reklam Kurulu, sağlık turizmi alanında faaliyet göstermek için yetkili olmayan kuruluşun sağlık turizmi alanında yetkili olduğu algısı yaratacak şekilde tanıtımlarda bulunmasının ve hekim tarafından uygulanması gereken tıbbi girişimlere yönelik tanıtım yapmasının ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil ettiği, tüketicileri yanıltıcı ve aldatıcı nitelikte olduğunu kabul ederek inceleme konusu tanıtımların, USTTSHY m. 5/1, m. 12/1, m. 12/2-a ve m. 12/2-ç, TRHTUY'nin m. 5/1-b, m. 7/1, m. 7/2, m. 7/3, m. 7/4, m. 7/5-b, m. 26 ve m. 32. hükümleri ile 6502 sayılı Kanun'un 61. maddesi

73 Reklam Kurulu hakkında bkz. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (R.G. 28.11.2013 – 28835) m. 63, Reklam Kurulu Yönetmeliği (R.G. 03.07.2014-29049), Reklam Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (R.G. 28.07.2022-31906).

hükümlerine aykırı olduğuna karar vermiştir⁷⁴.

Reklam Kurulunun bir başka kararında, “Uluslararası Sağlık Turizmi Yetki Belgesi” bulunmayan ve Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmemiş firma tarafından yayınlanan reklam ve tanıtımlarda çeşitli ifadelere yer verilerek acente müşterilerinin Covid-19 PCR testi için muhtelif sağlık kuruluşlarına yönlendirilmesi suretiyle bir sağlık hizmetine ilişkin olarak aracılık faaliyetinde bulunulmasının mevzuata aykırı; yine tüketicileri aldatıcı-yanıltıcı ve sağlık hizmetlerine yönelik talep yaratıcı olması nedeniyle haksız rekabete yol açar mahiyette olduğu; ayrıca, inceleme konusu reklamlar doğrultusunda yalnızca Sağlık Bakanlığının yetkilendirdiği sağlık kuruluşları tarafından sunulabilen Covid-19 PCR testi hizmetine ilişkin firmanın da yetkili bir kuruluş olarak test hizmeti verdiği algısı yaratacak şekilde tanıtımlar yapılmasının da tüketicileri yanıltıcı ve aldatıcı olduğu değerlendirilmelerine yer vererek inceleme konusu tanıtımların 6023 sayılı Kanunun 64. maddesi, 3359 sayılı Kanunun Ek 11. maddesi, 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Birliği Kanunu’nun 10/b ve 19. maddeleri, USTTSHY’nin m. 4/g, m.5/1, m. 12/1 ve m. 12/2-c, TRHTUY’nin m. 5/1-b, m. 7/1, m. 7/2, m. 7/3, m.7/4, m.7/5-b, m.7/5-c, m. 7/5-g, m. 9/1, m. 9/2, m. 9/4, m. 9/5, m. 26 ve m. 32. hükümleri ile 6502 sayılı Kanun’un 61 inci maddesi hükümlerine aykırılık teşkil ettiğine karar verildiği görülmektedir⁷⁵.

Reklam Kurulunun D. 2021/2183, T. No. 321 sayılı ve 17.05.2022 tarihli bir başka kararında ise bir internet sitesinde yer alan tanıtımlarda çeşitli hekimlerin isim ve resimlerinin paylaşılması suretiyle isimleri paylaşılan hekimler lehine talep oluşturularak aracılık faaliyetinde bulunulması, ayrıca yine bir sosyal paylaşım sitesindeki paylaşımlarda, bir kısım tıbbi müdahalelere ilişkin hastaların tedavi öncesi ve tedavi sonrasına dair görüntülerine yer verilmesi, mevzuata aykırı bulunmuş, ayrıca paylaşımda bulunanın yetki belgesine dahi sahip olmadığı tespit edilerek inceleme konusu tanıtımların 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanun’un 64. maddesi, USTTSHY’nin 5/1 ve 12/1 maddeleri, TRHTUY’nin m. 5/1-b, (mülga)5/1-ğ, m.7/1, m. 7/2, m. 7/3, m. 7/4, m. 7/5-b, m. 7/5-c, m. 26 ve m. 32. hükümleri ile 6502 sayılı Kanun’un 61. maddesine muhalif olduğuna karar verilmiştir⁷⁶.

Yine, Reklam Kurulunca bir internet sitesinin muhtelif tarihli görünümlelerinde yer alan “*sektörde adından bahsettirmeyi başarmış başarılı bir firma*”,

74 Reklam Kurulu Dosya No: 2022/483, Toplantı Tarihi: 14.06.2022, Toplantı No: 322 sayılı kararı, <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> (12.09.2023)

75 Reklam Kurulu Dosya No: 2021/5916, Toplantı Tarihi: 14.06.2022, Toplantı No: 322 sayılı kararı, <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> (12.09.2023).

76 Reklam Kurulu Dosya No: 2021/2183, Toplantı Tarihi: 17.05.2022, Toplantı No: 321 sayılı kararı, <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> (12.09.2023)

“kendilerini evlerinde hissettirecek konfor” gibi ifadeler, tanıtımı veren kuruluşun Sağlık Bakanlığı’nca yetkilendirilmiş Aracı Kuruluşlar ve Sağlık Tesisleri başlıkları altında yer almaması ve tanıtımlarda kuruluşun faaliyet alanının sağlık turizmi olarak belirtilmesinin tüketicileri yanıltıcı ve aldatıcı nitelikte olması sebepleri ile USTTSHY’nin 12. maddesi, TRHTUY’nin m. 7/1, m. 7/2, m. 7/3, m. 7/4, m. 7/5, m. 26 ve m. 32. hükümleri ile TKHK m. 61. hükmüne aykırı bulunmuştur⁷⁷.

Reklam Kurulunun sağlık turizmine ilişkin yönetmelik yayımlanmadan önce de yukarıda özetlenen diğer mevzuatı ele alarak değerlendirmelerde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Örneğin Reklam Kurulunca karara bağlanan bir vakada⁷⁸, ... ile ... adresindeki internet sitelerinde bulunan 10.02.2011, 04.03.2011 ve 10.09.2013 tarihli görünümünde, sağlık turizmi amacıyla oluşturulan paketlerin model teşkil ettiğine ve bunların yeni iş alanları açtığına dair ifadeler ile bu amaçla katılan TV programları olduğuna, sağlık turizmi konusunda bütün dünyadan hasta kabul edildiğine, çeşitli dallarda sektörde önde olduğuna, öncülük edildiğine dair ifadeler ile buna benzer ifadelerle sağlık alanında çalışan söz konusu kuruluş ve şahıs lehine talep yaratıldığı, kuruluşun ve şahsın çalışmalarına ticari bir görünüm verildiği ve haksız rekabete de neden olduğuna, ayrıca hastaların öncesine ve sonrasına ilişkin fotoğraflarına dahi yer verildiği, söz konusu durumların, 1219 sayılı Kanun’un 24. maddesi, TDN m. 8, m. 9 ve m. 39. hükümleri, Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik m. 32, ATTYÖSKHY m. 29, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik m. 5/a, m. 5/b, m. 5/e, m. 6/e, m. 7/a, m. 7/c maddeleri, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 16. maddesi hükümlerine aykırı olduğuna, buna göre, reklam veren Dr. H.A. (... Tıp Merkezi) hakkında, reklam durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.

Bir diğer kararında Reklam Kurulu⁷⁹, ... Sağlık Hiz. San. ve Tic. A.Ş., “...” isimli derginin Temmuz 2013 sayısında yer alan “Elveda Gözlükler” başlıklı tanıtımlarda, “*Elveda gözlükler! Gözlüklerinize vedalaşabilirsiniz. ... Hastanelerinin uyguladığı kişiye özel bıçaksız lazer tedavisi İLASİK sayesinde gözlüklerinizi atabilir, net görmeyi mutluluğunu yaşayabilirsiniz.*” biçimindeki

77 Reklam Kurulu Dosya No: 2021/1873, Toplantı Tarihi: 14.09.2021, Toplantı No: 313 sayılı kararı, <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> (12.09.2023).

78 Reklam Kurulu Dosya No: 2011/2208, Toplantı Tarihi: 12.11.2013 Toplantı No: 218 sayılı kararı, <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> (12.09.2023).

79 Reklam Kurulu Dosya No: 2013/720, Toplantı Tarihi: 12.11.2013, Toplantı No: 218 sayılı kararı, <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> (12.09.2023).

ifadelerin yer aldığı, bu ifadelerin, talep yaratıcı ve anılan kuruluşa yönlendirme yapıcı olduğu, ayrıca ticari bir görünüm içerdiği gibi haksız rekabet de içerdiği, bu durumun, 1219 sayılı Kanun'un 24. maddesi, TDN'nin 8., 9. ve 39. Maddeleri, ÖHY m. 60, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik m. 5/a, m. 5/b, m. 5/e, m. 7/a, m. 7/c, m. 13, m. 17 m. 20. ve m. 21. hükümleri ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 16. maddesi hükümlerine aykırı olduğuna, buna göre, reklam veren ... Sağlık Hiz. San. ve Tic. A.Ş. aleyhinde, idari para cezası ve söz konusu reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.

Reklam Kurulu 2010/731 D. sayılı kararında⁸⁰, ... Sağlık Hizm. Ltd. Şti. ... adresli internet sitesinin 25.11.2010 tarihli görünümünde yer alan; "... *kliniği temelleri 15 yıl önce atılmış saç ekim ve estetik cerrahi kliniğidir. Plastik cerrahi uzmanı Dr. ... ile Dr. ... 15 yıl önce saç ekimine başlamışlardır. Saç ekimi konusunda yaklaşık bugüne kadar 7000'den fazla kişiye saç ekimini başarıyla gerçekleştirilmiştir. Çeşitli tekniklerle bugüne kadar bu işlem gerçekleştirilmiştir, ancak son 4 yıldır FUE tekniği olarak adlandırılan teknikle gerçekleştirilmektedir. ... yurt dışından sağlık turizmi yapmak amacıyla da kurulmuş bir şirkettir ve birçok yurt dışı Sağlık Turizmi Acentasıyla çalışmaktadır. Özellikle Estetik Cerrahi uygulamalar ve saç ekimi için hasta getirmekte ve gelen kişilere de ülkemizi gezdirip tanıtmaktadır. ... ISHRS derneği üyesidir. Tüm işlemler ...'nın anlaşılabilir olduğu A Plus hastanelerde gerçekleştirilmektedir. (...) Gelişen teknoloji ile uygulama kolaylığı ensede iz kalması ve post operatif hızlı iyileşme gibi nedenlerden dolayı hastalarımız FUE tekniğini tercih etmektedir.*" biçimindeki ifadelerin, söz konusu sağlık kuruluşuna ticari veçhe yükleyen ve sağlık kuruluşu lehine talep yaratma amacına yönelik ifadeler olduğu gerekçeleriyle ATTYÖSKHY'nin 29. maddesine uygun olmadığına ve anılan reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.

Türk Dişhekimleri Birliği Yüksek Disiplin Kurulu 09.01.2013 tarih ve 003/2013 no.lu kararında⁸¹, Diş hekimi ...'nin mesul müdürü olduğu ... Ağız ve Diş Sağlığı Merkezi ... Şubesi'nin, ...'de yayınlanan 13.01.2012 tarihli, "29 Şubat'a kadar rezervasyon yaptıran herkese 2012 sonuna kadar implant 550 Euro / Diş tedavilerinde ve implant uygulamalarında laser tekniği / bütün işimiz diş / 7 gün 24 saat: Bağcılar, Fatih, Güneşli, Çamhca, Pendik, Mecidiyeköy / ... ile kısa bir ara..." ibarelerini taşıyan görsel reklamının yapıldığının tespiti üzerine diş hekimi hakkında soruşturma açılmasına karar verildiği;

80 Reklam Kurulu Dosya No: 2010/731, Toplantı Tarihi: 11.01.2011, Toplantı No: 184 ve tarihli kararı, <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> (12.09.2023).

81 https://www.tdb.org.tr/tdb/v2/ekler/TDB_YDK_karari_09.01.2013.pdf (17.03.2023)

soruşturma sonucunda, İstanbul Dişhekimleri Odası Disiplin Kurulu'nun, diş hekiminin Disiplin Yönetmeliğinin 8/a bendine aykırı davranışı nedeniyle muayene ve tedavi ücretinin 50 katı tutarında para cezası ile cezalandırılmasına karar verdiği, dişhekiminin savunmasını tekrarla yayınlanan reklamın, sağlık turizmi alanında ülkeye döviz kazandırıcı hizmet ve faaliyetler kapsamında bulunduğunu, Dişhekimleri Odası'nın para cezası ile cezalandırdığı tanıtım faaliyetinin başka bir idare tarafından desteklendiğini, beyanla karara itiraz ettiği, dosyanın incelenmesinde, diş hekiminin savunmasında söz konusu reklam faaliyetini ikrar ettiği, diş hekiminin mesul müdürü olduğu sağlık kuruluşunun talep yaratma amacına yönelik reklamı ile 1219 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile TDN m.8, m. 9, Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik m. 32i ile Türk Dişhekimleri Birliği ve Dişhekimleri Odalarının Disiplin Yönetmeliği m. 8/a bendine aykırı davranıldığı anlaşıldığı, 1219 sayılı Yasa'nın, TDN'nin, Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin ve Türk Dişhekimleri Birliği ve Dişhekimleri Odalarının Disiplin Yönetmeliği'nin yasakladığı bir davranışın, Pazar Araştırması ve Pazara Giriş Desteği Hakkında Tebliği ile dişhekiminin mesul müdürü olduğu sağlık kuruluşuna reklam yapma hakkı verdiğinin iddia edilmesi de üst hukuk normları gereği mümkün olmadığı, bu nedenle Diş hekimi ...'nın itirazının reddine, dişhekiminin daha önce disiplin cezası aldığına dair bir kaydın bulunmaması nedeniyle bu cezanın ilk ceza kabul edilmesine ve sonuç cezanın 2012 yılı T.D.B. Dişhekimliği Ücret Tarifesinde belirtilen Tedavi ve Muayene Ücretinin 10 katı olan 297,20 (ikiyüzdoksanyedi,yirmi) TL indirilerek onaylanmasına karar verilmiştir.

Diş hekimi ..., Türk Dişhekimleri Birliği'nin 09.01.2013 tarih ve 003/2013 no.lu kararının iptali istemi ile Ankara 10. İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. Ankara 10. İdare Mahkemesi 2013/249 E., 2013/1304 K., 24.09.2013 T. sayılı kararında⁸² özetle, somut olayda, disiplin cezası verilmesine gerekçe oluşturan fiile bakıldığında, söz konusu ifadeler kullanılarak, Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Sağlık Kuruluşları Hakkındaki Yönetmelik'e aykırı olarak tüketici kitlesine tanıtım yaptıkları, bu hususun Disiplin Yönetmeliğine aykırı olduğu gibi, diğer sağlık kuruluşlarının aleyhinde olacak şekilde haksız rekabete de neden olduğu, dava konusu işlemden bu yönüyle hukuka ve mevzuata aykırılık görülmediği; davacı tarafından dava konusu reklamların Ekonomi Bakanlığı'na yayınlanan Pazar Araştırması ve Pazara Giriş Desteği Hakkında Tebliğ kapsamında sağlık turizmine yönelik ülkeye döviz kazandırıcı hizmet ve faaliyetler kapsamında olduğu ve devlet tarafından teşvik edildiği ileri sürülmüş ise de,

82 <http://www.ado.org.tr/dosyalar/images/ankara10.idaremehkemekarari2015.pdf> (28.05.2016)

Ekonomi Bakanlığınca davacının 25-30.06.2012 tarihleri arasında Almanya ve Hollanda'da gerçekleştireceği tanıtım programının Yurtdışı Tanıtım Desteği kapsamında değerlendirilmesinin uygun görüldüğü, dava konusu reklamların anılan tarihler arasında gerçekleşmemiş olduğu gibi tebliğde belirtilen şartları da taşımadığı anlaşıldığından bu iddiaya itibar edilmediği belirtilerek davanın reddine karar vermiştir.

Öte yandan SHTBFHY, 29.07.2023 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş olmakla, Yönetmeliğin 10. maddesinde belirtilen ve Yönetmelik hükümlerine aykırı şekilde bilgilendirme ve tanıtım yapan uluslararası sağlık turizmi sağlık tesisi ya da aracı kuruluşları hakkında uyarı ve faaliyet durdurma cezası şeklinde uygulanacak yaptırımlar ile ilgili olarak uygulamada bir örneğe henüz rastlanmamıştır.

Değerlendirme/Sonuç

Bir ülke ekonomisine katma değer yaratan belli başlı sektörlerden biri olan turizm ile temelde amaçlanan o ülkeye döviz kazandırmaksa da sağlık turizmi faaliyetlerinde bulunan ülkelerin, döviz kazanımının yanında bu faaliyetleri sebebi ile sağlık sektörünün de geliştiği bir gerçektir.

Bununla birlikte kişilerin, hiç bilmedikleri bir ülkeye sağlık amaçlı gitmeleri için, öncelikle o ülkenin sağlık hizmetleri düzeyi hakkında bilgi sahibi olmak isteyecekleri kuşkusuzdur. Nitekim kişilerin olağan turizm planlamalarında, gidilecek olan ülkenin, yerin kültürü, dili, hayat tarzı gibi ölçütler öne çıkar-ken, sağlık turizmine yönelik plânlamalarda ise teknoloji, kalite, sertifikasyon, akreditasyon ve yanı sıra diğer gelişmiş ülkelere benzerlik ve anadilde iletişim önde gelmektedir⁸³.

Ne var ki sağlık turizmi, en öncesinde bir sağlık hizmetini ifade etmektedir. Bu yönleri ile sağlık turizmi alanındaki reklam ve tanıtım faaliyetlerinin takip edilmesi ve hukuka aykırılıkların tespit edilmesi, sağlığın metalaştırılmasının ve muhtemel mağduriyetlerin önlenmesi bakımından oldukça önemlidir⁸⁴.

Nitekim sağlık hizmetlerine ticari bir görünüm katılmasının, hizmetin kamusal niteliğini zedeleyeceği ve Anayasa ile düzenlenen Devletin temel amaç ve görevlerine aykırılık teşkil edeceği yönünde görüşler de bulunmaktadır⁸⁵.

Gerçekten de sağlık hizmetleri ile ilgili konularda yapılan ancak yasal dü-

83 H. Ömer Tontuş, "Sağlık Turizmi Tanıtımı ve Sağlık Hizmetlerinin Pazarlanması İlkeleri Üzerine Değerlendirme", *Disiplinlerarası Akademik Turizm Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2018, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/522461> (17.09.2023), s. 69.

84 Gönenç, s. 1180.

85 Verda Ersoy, Mustafa Güler, Hakan Giritlioğlu, *Sağlık Hizmeti Sunumunda Reklam ve Tanıtım*, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s. 4.

zenlemelere aykırı olan reklam ve tanıtım faaliyetleri, hastaların gereksiz ve yanlış tedavilere yönelmesine, hastanın hekim seçme özgürlüğünün güçleşmesine; sağlık mesleklerine ilişkin mesleki onurun, yanı sıra oluşabilecek hukuka aykırı rekabetin ekip çalışmasını zedelenmesine, hizmet maliyetinin artmasına, hasta ile hekim arasındaki güvenin zedelenmesine ve hastanın zarar görmesine sebep olabileceği gibi⁸⁶, sağlık turizmi bakımından ülkemizin imajının da zedelenmesine neden olabilecektir.

Bu yönleri ile 29.07.2023 gün ve 32263 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan SHTBFHY ve 13.07.2017 gün ve 30123 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan USTTSHY hükümleri çerçevesinde, yukarıda değinilen endişeler kısmen giderilebilmiş, yetkinlik kriterleri getirilerek yetkilendirilmemiş sağlık tesisi ve/veya aracı kuruluşların bilgilendirme ve tanıtım faaliyetlerinde bulunması yasaklanmış, ayrıca bilgilendirme ve tanıtımın ne şekilde yapılması gerektiği, bu iki “Yönetmelik” düzeyinde de olsa hukuki bir zemine oturtulmuştur.

Bununla birlikte kişilerin sağlık turizmine yönelmelerinin en önemli sebepleri arasında, kişinin bulunduğu ülkedeki yasak tıbbi uygulamaların olduğu görülmektedir.

Örneğin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin kişinin yaşı, sağlığı ve kürtaj yaptırma gerekçeleri gibi hiçbir ayırım dikkate alınmaksızın yurt dışında kürtaj yapılan sağlık kuruluşlarına ve bu ülkelerdeki imkânlarla ilişkin bilgiye ulaşmanın kesin ve koşulsuz olarak engellenmesinin çoğulcu ve demokratik bir toplumda kabul edilemeyeceğini vurguladığı *Open Door and Dublin Well Women/İrlanda* 14234/88 – 14235/88 sayılı ve 29.10.1992 tarihli kararı⁸⁷ dikkat çekici olduğu gibi, kişilerin sağlık turizmine yönelme sebepleri arasında bu türlü yasak tıbbi uygulamaların da bulunduğunu göstermesi bakımından önemlidir⁸⁸.

Keza, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin 2014 yılında yaptığı bir araştırmada Yunanistan, Ukrayna, Rusya, İngiltere, Hollanda, Gürcistan, Arnavutluk’ta taşıyıcı anneliğin yasal olmakla beraber taşıyıcı annenin gebeliğinden ileri gelen giderler hariç olmak üzere herhangi bir ücret talep edilemeyecek biçimde olması gerektiği, bununla beraber, Gürcistan, Ukrayna ve Rusya’da bu hususun ticari bir görünüme büründüğü; Belçika, Lüksemburg, Çekya ve Polonya’da bu hususa dair bir düzenleme bulunmamasıyla beraber ta-

86 Mehmet Karataş, *Türkiye’de İnvitro Fertilizasyon (IVF) Uygulama Merkezlerinin İnternet Ortamındaki Tanıtım/Reklamının Etik Açısından İncelenmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Deontoloji ve Tıp Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul 2008, s.1; Ersoy, Güler, Giritlioğlu; s. 4.

87 [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-9896%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-9896%22]}) (15.09.2023)

88 Gemalmaz, Ertan, s. 1031.

şıyıcı anneliğin tolere edildiği görülmüş⁸⁹ olup taşıyıcı annelik, bu ülkelerde sağlık turizmi faaliyetlerine konu edilmiştir⁹⁰.

Yine ölüm hakkının kabul edildiği İsviçre’de intiharın -mahiyeti itibariyle sağlık turizmi olarak nitelenemese dahi- turizm faaliyetlerine konu olduğu, kişilerin ötanazi işlemine izin veren bu ülkeye, bu amaçla gitmek istedikleri bilinen ve ayrıca ülkemizde de araştırmalara konu olan bir husustur⁹¹.

Bu yönleri ile elbette ki ahlâka ve kamu düzenine aykırı sözleşmelerin geçerli olmayacağına dair 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 27. maddesi ile ticari reklamların kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına uygun ve doğru olmalarının esas olduğuna; tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi eksikliklerini istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, kamu sağlığını bozucu, çocukları, hastaları, yaşlıları, engellileri istismar edici ticari reklam yapılamayacağına dair TRHTUY⁹²’nin sağlık turizmi alanında dahi “genel birer hüküm” olarak uygulama alanı bulacağı tartışmasızdır.

Her ne kadar taşıyıcı anneliğin yasak olduğuna dair ÜYTY’nin ilgili hükmü, “özel” bir hükümse de ülkemizde kamu düzenine ve ahlaka aykırı kabul edilen veya kişilerin hassasiyet taşıdığı özellikli tıbbi faaliyetlerin sağlık turizmi kapsamında olsa dahi reklam ve tanıtımlarına mani olacak yasal bir düzenlemeyi de içerecek özel bir kanun ihtiyacı bulunduğu aşikârdır.

Bu bakımlardan, SHTBFHY ile sağlık hizmetlerinde “açık” veya “örtülü” olarak reklam faaliyetlerinde bulunulmasının yasak olduğunun belirtilmesi ve devamlı tanıtım ile bilgilendirme faaliyetlerinin sınırı belirlenerek uluslararası sağlık turizmine ilişkin bilgilendirme ve tanıtım faaliyetlerinin USTTSHY hükümlerine uygun olarak yürütüleceğinin ifade edilmesi, olumlu olarak değerlendirilebilir.

89 Hazal Urgan Çalışkan, “Bırakınız Taşısınılar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Cilt 22, Sayı 1, İstanbul, 2016, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/274359> (01.09.2023), s. 496.

90 Özgür Kuş, Gamze Özbek Güven; “Üreme Turizmi ile Yaygınlaşan Annelik Üzerine Etik Bir Değerlendirme”, *Türkiye Biyoetik Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2021, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2985218> (02.09.2023), s. 126 vd.

91 Gamze Temizel; İdris Özgün;, Büşra Ceylan; Seray Güneş; “Ölüm Hakkı ve Ötanazi Kavramlarının Ötanazi İntihar Turizmi Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Turizm Araştırmaları-Alternatif Yaklaşımlar*, Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 1 vd.; Ömer Çoban, S. Emre Dilek, Serhat Harman; “İntihar Bir Turizm Türü Olarak Değerlendirilebilir mi?”, *Hacıbektas Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2017, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/318779> (03.09.2023), s. 137 vd.

92 R.G. 10.01.2015 – 29232; Yönetmeliğin 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a dayanılarak çıkarıldığı dayanak maddesinde belirtilmektedir.

Ancak mezkûr yönetmeliğin 10'uncu maddesindeki bu Yönetmelik hükümlerine uygun olmayacak şekilde tanıtım ve bilgilendirme yaptığı tespit edilen uluslararası sağlık turizmi sağlık tesisi veya aracı kuruluşunun uyarılacağına, bir yıl içerisinde tekrar saptanması halinde bir ay, üçüncü defa tespit edildiğinde ise üç ay süreyle kuruluşun ve/veya tesisin sağlık turizmi faaliyetinin durdurulacağına dair yaptırım hükümlerinin, bu yaptırımların “Yönetmelik” ile öngörülmesi sebebi ile uygulanabilirliklerinin tartışmalı olmasına neden olmaktadır.

SHTBFHY'nin 10'uncu maddesinin kenar başlığı dahi “Yaptırımlar” olup mezkûr maddedeki “uyarı” ve “faaliyet durdurma” yaptırımlarının birer idari yaptırım olduğu belirlidir.

Anayasa Mahkemesinin 23.10.1996 günlü, 1996/48-41 E.K. sayılı kararında da belirtildiği üzere, idarenin bir yargı kararına ihtiyacı olmaksızın kanunların açıkça verdiği bir yetkiye istinaden İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlar ile verdiği cezalara idarî yaptırım denilmektedir.

Buradan hareketle, bir idarî yaptırımın uygulanabilmesinin de “kanunilik ilkesinin” varlığına bağlı olduğu hususunda kuşku bulunmamaktadır.

Zira SHTBFHY'nin dayanakları olarak gösterilen 1219 sayılı Kanun'da da 3359 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinin (c) bendi ile Ek 11'inci maddesinde de tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerine aykırı tutumlar hâlinde uygulanacak idarî yaptırımların yönetmelik ile düzenlenebileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Şu hâlde, mezkûr yönetmelikte öngörülen “yaptırım” hükümlerinin idare tarafından uygulanabileceğini gösteren ve “açık bir yetki” içeren “kanunî düzenleme” olmaması, söz konusu yaptırımların kanunî olamayacağı ve bu sebeple uygulama kabiliyetinin de olamayacağı sonucunu doğuracaktır.

Dolayısıyla az evvel ifade edilen özellikli tıbbi faaliyetlerin sağlık turizmi kapsamında olsa dahi reklam ve tanıtımlarına mâni olacak yasal bir düzenlemeyi de içerecek özel bir kanun ihtiyacı bulunmakla birlikte böylesi bir kanunun, idari yaptırım ve/veya cezaları da belirlemesi yahut idari yaptırım uygulamaları bakımından açıkça yönetmelik düzenlenmesi yönünde yetki içerecek bir hüküm barındırması da önem arz etmektedir.

Yine böylesi özel bir kanunun, tıp alanındaki gelişmelere ayak uydurabilecek ve muhtemel gelişmeleri de öngörerek bunlara dair reklam ve tanıtım faaliyetlerinin kapsamını, tıp etiğine ilişkin genel ve kabul görmüş kurallara da aykırı olmayacak şekilde düzenlemeler içermesi, ülkemizin sağlık turizmindeki imajını da güçlendirebilecektir.

Tüm bunların yanı sıra, tanıtım ve reklam faaliyetlerinin, sağlık turizmi alanında olsa dahi sağlık hizmetlerine ilişkin olması sebebiyle yukarıda belirtilen istisnai durumların dışındaki ve sağlık turizmi kapsamında kalan olağan sağlık hizmetlerinin tanıtım ve reklamlarının, mevcut yasal düzenlemelere uygun olması, USTTSHY’de belirtilen yetkinlik kriterlerini taşıyan uluslararası sağlık turizmi aracı kuruluşları ile sağlık tesislerinin, tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerinin, mezkûr yönetmeliğin 12. maddesinde belirtilen kıstasları taşıması gerekmektedir.

Sonuç olarak, sağlık turizmi kavramının, ulaşımın kolaylaştığı, sınır ötesi etkileşimin arttığı, küreselleşmenin gündemde olduğu dünya şartlarında daha çok gündeme geldiği, bu haliyle bilhassa gelişmekte olan ülkeler tarafından bir ekonomi politikası olarak ele alındığı, ülkemizin de sağlık turizmi alanında etkin faaliyet gösterme hedefinde olduğu anlaşılmaktadır.

“Döviz kazandırıcı bir faaliyet” olduğu kabul edilen sağlık turizminin, özünde kişinin vücut bütünlüğünü ve esenliğini ilgilendiren sağlık hizmetlerine ilişkin olması, ülkemizin de imajını doğrudan ilgilendirmesi sebebi ile sağlık turizmi faaliyetlerine ilişkin tanıtım ve reklam politikalarının, tıp etiğine de uygun bir şekilde geliştirilmesi gereğini ortaya koymaktadır.

Nitekim mevcut düzenlemenin, “Yönetmelik” düzeyinde oluşu, yönetmelik hükümlerinin de sağlık hizmetlerine ilişkin Türk Tabipleri Birliği Kanunu, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ile bir arada ele alınarak ihlallerin ortadan kaldırıldığı görülmektedir.

Bu yönleri ile sağlık hizmetlerine ilişkin mevcut yasal düzenlemeler dikkate alındığında, sağlık turizmi de dâhil olmak üzere, sağlık hizmetlerindeki reklam ve tanıtım faaliyetlerinin kapsamını belirleyecek, ayrıca kamu düzenine ve ahlâka aykırı kabul edilen veya kişilerin hassasiyet taşıdığı özellikli tıbbi faaliyetlerin -sağlık turizmi kapsamında olsa dahi- reklam ve tanıtımlarına **mâni** olacak yasal bir düzenlemeyi de içerecek özel bir kanun ihtiyacı bulunduğu aşikârdır.

Tıbbi deontoloji ve hasta hakları temel alınarak yapılacak “Kanun” düzeyindeki böylesi bir düzenleme hem Türk vatandaşları hem de sağlık turizmi kapsamında ülkemizi tercih edecek hastalar için de bir güvence olacaktır.

Öte yandan, sağlık turizminin gelişiminin, döviz kazanımından ziyade, sağlık sektörü bakımından teknoloji, kalite, sertifikasyon, akreditasyon ve gelişmiş ülkelerle rekabet anlamında bir gelişim de sağlayacağı gözden kaçırılmamalıdır.

KAYNAKLAR

- Barclay, Eliza, “Stem-cell experts raise concerns about medical tourism”, World Report, The Lancet, Cilt 373, Number 9667, March 14, 2009, [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(09\)60529-8.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(09)60529-8.pdf) (15.09.2023), s. 883-884.
- Bir, Ali Atıf, “Reklam ve Reklam Stratejisine Giriş”, (Ed. Ali Atıf Bir, Fermani Maviş) *Dünyada ve Türkiye’de Reklamcılık, Reklamın Gücü*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1988.
- Bookman, Milica Z.; Karla R. Bookman, *Medical Tourism in Developing Countries*, Palgrave Macmillan New York, 2007, <https://DOI.org/10.1057/9780230605657> (01.09.2023).
- Eşref Buharalı, “Üç Türk Hükümdarının Yaptırdığı Üç Sağlık Kurumu: Tolunoğulları, Zengiler ve Memluklerde Sağlık Hizmetleri”, *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 40, (31.08.2023) s. 29-39.
- Carrera, Percivil M; Bridges, John FP, “Globalization and healthcare: understanding health and medical tourism”, *Expert Review of Pharmacoeconomics & Outcomes Research*, Cilt 6, Sayı 4, <https://DOI.org/10.1586/14737167.6.4.447> (05.09.2023), s. 447-454.
- Connell, John, *Medical Tourism*, Wallingford, Oxfordshire; Cambridge, MA: CABI, 2011.
- Çoban, Ömer; Dilek, S. Emre; Harman, Serhat, “İntihar Bir Turizm Türü Olarak Değerlendirilebilir mi?”, *Hacıbektas Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2017, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/318779> (03.09.2023), s. 137-151.
- DeRenzo, Lesley N., “Stem Cell Tourism: The Challenge and Promise of International Regulation of Embryonic Stem Cell-Based Therapies”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2011, Cilt 43, Sayı 3, s. 877-918, <https://core.ac.uk/download/pdf/214077907.pdf> (15.09.2023).
- Ersoy, Verda; Güler, Mustafa; Giritlioğlu, Hakan, *Sağlık Hizmeti Sunumunda Reklam ve Tanıtım*, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara, 2008.
- Gemalmaz, H. Burak; Ertan, İzzet Mert, “Rabbim Cleveland Dedi: Sağlık Turizmi-İnsan Hakları İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 70, No. 4, 2015, <https://sbfergi.ankara.edu.tr/dergi/pdf/70/4/8--H.-Burak-Gemalmaz---Izzet-Mert-Ertan.pdf> (06.09.2023), s. 1003-1039.
- Göle, Celal, “Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları*, Ankara, 1983.
- Gönenç, Fulya İlçin, “Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Sayı, Cilt 22, Sayı 3, İstanbul, 2016, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/334385> (01.09.2023), s. 1173-1184.
- Gülen, Kemal Güven; Demirci, Selma, *Türkiye’de Sağlık Turizmi Sektörü*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2012.
- Güler, Emel, *Sağlık Sektöründeki Mal ve Hizmetler için Yapılan Reklamların Hukuksal Boyutunun Türkiye’deki Durumu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- Gülsoy, Tanses, *Reklam Terimleri ve Kavramları Sözlüğü*, İstanbul 1999.

- Gürzumar, Aydanur, “Türkiye, İsviçre ve Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Reklamcılık Alanında Tüketicinin Korunması Amacıyla Uyulması Gereken Hukuk Kuralları”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 3, 1991.
- İçöz, Derya, *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, İstanbul, 2008.
- İnal, Emrehan, *Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar*, Beta Basım, İstanbul, 2000.
- İnal, Emrehan; Baysal, Başak, *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Karataş, Mehmet, *Türkiye’de İn Vitro Fertilizasyon (IVF) Uygulama Merkezlerinin İnternet Ortamındaki Tanıtım/Reklamının Etik Açısından İncelenmesi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Deontoloji ve Tıp Tarihi Anabilim Dalı, İstanbul 2008.
- Kavas, Alican, “Reklamın Toplumsal Etkileri, Reklamcılıkta Toplumsal ve Ahlaki Sorumluluk Düşüncesi”, *Dünyada ve Türkiye’de Reklamcılık, Reklamın Gücü*, (Ed. by. Ali Atıf Bir, Fermani Maviş,) Bilgi Yayınevi, Ankara, 1988.
- Kaya, Arslan, “Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri” Ed. Abuzer Kendigelen, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı*, Beta Basım, İstanbul, 2002.
- Kaya, Sıdika; Yıldırım, Hasan Hüseyin; Karsavuran, Seda; Özer, Özlem, *Türkiye Medikal Turizm Değerlendirme Raporu 2013*, T.C. Sağlık Bakanlığı, Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Sağlık Turizmi Daire Başkanlığı, Ankara 2013.
- Kırca, İsmail, “Tüketicilerin Hislerine Yönelik Reklamlar”, *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, s. 333-347.
- Kuş, Özgür; Özbek Güven Gamze, “Üreme Turizmi ile Yaygınlaşan Annelik Üzerine Etik Bir Değerlendirme”, *Türkiye Biyoetik Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2021, <https://dergi-park.org.tr/tr/download/article-file/2985218>, (02.09.2023), s. 126-133.
- Lunt, Neil; Percivil Carrera, “Medical tourism: assessing the evidence on treatment abroad”, *Maturitas*, Cilt 66, Sayı 1, Mayıs 2010, <https://DOI.org/10.1016/j.maturitas.2010.01.017> (17.09.2023), s. 27-32.
- Lunt, Neil; Smith, Richard; Exworthy, Mark; Green, Stephen T.; Horsfall, Daniel; Mannion, Russell, “Medical Tourism: Treatments, Markets and Health System Implications: A scoping review”, OECD Directorate for Employment, Labour and Social Affairs, 2011, <https://www.oecd.org/health/health-systems/48723982.pdf> (10.09.2023).
- Moreira, Liliane, “Health Literacy For People-Centred Care: Where do OECD countries stand?”, OECD Health Working Paper No. 107, 10 December 2018, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/d8494d3a-en.pdf?expires=1701170137&id=id&accname=guest&checksum=6B9342AD47FFA4A66A71A3669EEE990> (Erişim: 28.11.2023).
- Nutbeam, Don, “Health promotion glossary”, Health Promotion International, Cilt 13, Sayı 4, 1998, <https://DOI.org/10.1093/heapro/13.4.349> (son erişim tarihi: 28.11.2023), s.349-364.
- Özer, Özlem; Songur, Cuma, “Türkiye’nin Dünya Sağlık Turizmindeki Yeri ve Ekonomik Boyutu”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 4, Sayı 7, 2012 Güz, <https://dergi-park.org.tr/tr/download/article-file/181785> (05.09.2023), s. 69-81.

- Öztürk, Gülay, *Sağlık Turizminde Hasta Hakları ve Etik Sorunsalı Üzerine Bir Araştırma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Sağlık Yönetimi Yüksek Lisans Programı, Ankara, 2019.
- Pennings, Guido, “The Ethical Management of Medical Tourism”, Ed. David Botterill; Guido Pennings; Tomas Mainil, *Medical Tourism and Transnational Health Care*, Palgrave Macmillan, Hampshire UK 2013, s. 179-193.
- Sørensen, Kristine; Van den Broucke, Stephan; Fullam, James; Doyle, Gerardine; Pelikan, Jürgen; Slonska, Zofia; Brand, Helmut, “Health literacy and public health: A systematic review and integration of definitions and models”, *BMC Public Health*, Cilt 12, Sayı 80, 2012, <https://DOI.org/10.1186/1471-2458-12-80> (Erişim 28.11.2023), s. 1-13.
- Temizel, Gamze; Özgün, İdris; Ceylan, Büşra; Güneş, Seray, “Ölüm Hakkı ve Ötanazi Kavramlarının Ötanazi İntihar Turizmi Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Turizm Araştırmaları – Alternatif Yaklaşımlar*, Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, 2021.
- Tengilimoğlu, Dilaver, *Sağlık Hizmetleri Pazarlaması*, 3. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2020.
- Tontuş, H. Ömer, “Sağlık Turizmi Tanıtımı ve Sağlık Hizmetlerinin Pazarlanması İlkeleri Üzerine Değerlendirme”, *Disiplinlerarası Akademik Turizm Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2018, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/522461> (17.09.2023), s. 67-88.
- Tontuş, H. Ömer, “Sağlık Turizmi Nedir?”, SATURK Yayını (Güncelleme Tarihi: 09.05.2022), <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/10944/0/02pdf.pdf> (02.09.2023).
- Urgan - Çalışkan, Hazal, “Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Cilt 22, Sayı 1, İstanbul, 2016, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/274359> (01.09.2023), s. 489-510.
- Uyanık, Ayfer, *Sağlık Turizmi ve Milletlerarası Tıp Hukuku Mevzuatı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Uyanık, Ayfer, “Sağlık Turizmi Hukuku”, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Sayı 36, Eylül-Ekim-Kasım 2015, https://www.medipol.edu.tr/sites/default/files/2023-01/SD_Dergi_Sayi36.pdf (17.09.2023), s. 88-91, (Kısaltma: Sağlık Turizmi).
- Uyanık - Çavuşoğlu, Ayfer, “Sınır Ötesi Sağlık Hizmeti ve Hukuk”, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Sayı 26, Mart-Nisan-Mayıs 2013, s. 74-75.
- Yılmaz, Havva, *Turizm Tanıtımında Halkla İlişkiler ve Reklam Uygulamaları: Türkler Bin Yılım Yolculuğu 600-1600 Sergisi Örneği*, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Tanıtma Genel Müdürlüğü, Ankara, 2008.

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Çocuk İşçiliğinin Yeni Görünümü: *Kidfluencer**

The New View of Child Labour: *Kidfluencer*

Hatice Duygu ÖZER**

Fatma Nazlıcan ALPSOY**

ÖZ

Sosyal medyanın kullanımının her geçen gün daha çok artış göstermesiyle birlikte pek çok sektörde olduğu gibi reklamcılık sektöründe de internetin kullanımı artmıştır. Bu kullanımlardan biri de influencer olarak ebeveynlerin özellikle de annelerin çocuklarıyla birlikte reklam amaçlı içerik üretmeleridir. Küçük yaştaki çocukların sosyal medyada görüntü, ses gibi kişisel verilerinin paylaşılması kişiler hukuku, aile hukuku, ceza hukuku, bilişim hukuku gibi hukuk dallarına konu olan ihlallere neden olabildiği gibi psikolojik, sosyolojik araştırmalara da konu olmaktadır.

Bu çalışmada ebeveyni tarafından sosyal medyada içerik oluşturmak için kullanılan çocuğun yaptığı çalışmanın iş ilişkisi olarak kabul edilip edilemeyeceği, çocuğa yaptırılan çalışmanın iş hukuku ilkelerine uygun korumaya tabi olup olamayacağı tartışılmaktadır. Henüz ülkemizde sosyal medya içerik üreticilerinin çalışma koşullarının ve özlük haklarının ele alındığı yasal bir düzenleme mevcut değildir. Ancak bu belirsizlik, bu şekilde çalışan çocukları reklam şirketlerine ve hatta ailelerine karşı korumasız bırakmaktadır. Bu eksikliğin giderilebilmesi amacıyla çalışmamızda yabancı ülke hukuk sistemlerinde tespit edebildiğimiz düzenlemeler incelenmiştir. Böylelikle ülkemizde ileride yapılacak yasal düzenlemede örnek alınabilecek tedbirlerin neler olduğu tartışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Çocuk işçi, ebeveyn, fenomen, influencer, sosyal medya, zorla çalıştırma yasağı.

ABSTRACT

With the use of social media increasing day by day, the use of the internet has increased in the advertising sector, as in many other sectors. One of these uses is that parents as influencers, especially mothers, produce content with their children for

* Makale gönderim tarihi: 29.09.2023. Makale kabul tarihi: 14.03.2024. Hatice Duygu Özer, Fatma Nazlıcan Alpsy, "Çocuk İşçiliğinin Yeni Görünümü: Kidfluencer", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2024, s.241-277, DOI: <https://DOI.org/10.46547/imuhfd.2024.11.1.8>.

** Doç. Dr., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, hdozer@erzincan.edu.tr, [0000-0002-6341-6172](https://orcid.org/0000-0002-6341-6172), Arş. Gör., Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, nazlican.alpsy@atauni.edu.tr, [0009-0002-5189-2494](https://orcid.org/0009-0002-5189-2494).

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

advertising purposes. The sharing of personal data such as images and voices of children on social media may cause violations that are subject to branches of law such as personal law, family law, criminal law, information law, as well as being the subject of psychological and sociological researches.

This study discusses whether the work performed by the child who is used by his/her parents to create content on social media can be considered as a labour relationship and whether the work performed by the child can be subject to protection in accordance with the principles of labour law. There is not yet a legal regulation in our country that addresses the working conditions and personal rights of social media content producers (influencers). However, this uncertainty leaves children working in this way unprotected against advertising companies and even their families. In order to overcome this deficiency, the regulations that we have been able to identify in the legal systems of foreign countries have been examined in our study. Thus, it was discussed what measures could be taken as an example in the future legal regulation in our country.

Keywords: Child labour, fenomen, forced labour, influencer, parent, social media.

Giriş

Çalışma hayatında çocukların emeğinin sömürülmesini engellemek için pek çok yasal düzenleme yapılmış olduğu bilinmektedir. Bunların başlıcaları asgari çalışma yaşı tespit edilmesi, bazı işlerde çalışma yasağı getirilmesi, çalışma temposunun yetişkin işçilere göre daha düşük bir biçimde belirlenmesi gibi düzenlemelerdir. Ancak gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemeler bu konuda ne kadar koruyucu hüküm tesis etse de, iş ilişkilerinde her geçen gün çocuk işçiliğinin farklı bir türüne rastlamak mümkündür.

Özellikle teknolojik gelişmelerle birlikte sosyal medya kullanımının artış göstermesi üretici ile tüketici arasındaki ilişkiyi de fiziksel temasın en aza indirgelediği bir şekilde dönüştürmüştür. Bu çerçevede ürün pazarlamasının “influencer marketing” olarak adlandırılan şekilde yapılması sıklıkla karşılaşılan bir durum olmuştur. Influencer olarak isimlendirilen kişiler sosyal medya hesaplarında ürüne ilişkin paylaşımlar yapmakta veya kendilerini bu ürünleri kullanırken gösteren içerikler oluşturmaktadır.

Konunun çalışmamızı ilgilendiren boyutu ise, reklam ve tanıtım amaçlı olarak oluşturulan bu içeriklerde çocukların kullanılması olgusudur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, çocukların ve özellikle de gençlerin bizzat kendi iradeleriyle içerik oluşturmak suretiyle influencer oldukları örneklere de uygulamada sıklıkla rastlanılmaktadır. Çalışmamızda belirlediğimiz konu sınırlaması bu nitelikte olan çalışmalar değil, çocukların aileleri tarafından sosyal medyada içerik oluştururken kullanılması boyutu olacaktır. Genellikle aile içinde ebe-

veynleri tarafından videoları, resimleri veya ses kayıtları sosyal medya hesaplarına yüklenen çocukların yapmakta oldukları bu faaliyetin iş ilişkisi olup olmadığı hususunda ülkemiz mevzuatında henüz yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Çoğunlukla ev ortamında çocuklara aileleri tarafından yaptırılan bu çalıştırma, çocuğun hem vaktini alarak eğitimine engel olabilmekte hem de psikolojik olarak gelişimine olumsuz etki edebilmektedir. Aynı zamanda bu çalışma sonucu çocukları vasıtasıyla aileleri yüksek kazançlar elde edebildikleri gibi çocuk ve ebeveyn sosyal medyada yüksek bir tanınırlık ve hayran kitlesi de kazanabilmektedir.

Bu noktada çocuğun yapmış olduğu faaliyetin iş hukuku açısından iş ilişkisi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği çalışmamızın çıkış noktası olacaktır. Diğer bir deyişle sosyal medya reklamcılığında kullanılan reşit olmayan çocukların istihdamının niteliği üzerinde durulacaktır. Çocuk ile onu sosyal medya içeriklerinin oluşumunda kullanan ailesi arasındaki ilişkinin aile hukuku ve iş hukuku açısından değerlendirmesini yapacağımız çalışmada son olarak çocuk işçiliğine karşı koruyucu hükümlerin anılan atipik çalışma ilişkisi açısından yeterli olup olmadığı yabancı ülkelerdeki yasal düzenlemelerle kıyaslanarak ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. Kavramsal Çerçeve

A. Influencer-Kidfluencer Kavramları

Teknolojide yaşanan hızlı gelişmeler ve özellikle sosyal medyanın kullanımında yaşanan büyük artışın sonucunda, her alanda olduğu gibi hukuk, sosyal bilimler, ekonomi gibi alanlarda da yeni kavramların ve kurumların ortaya çıktığına şahitlik etmekteyiz. Özellikle reklam ve pazarlama alanında gerçekleşen bu değişimin çarpıcı görünümü, “influencer” diye adlandırılan sosyal medyada yüksek miktarda takipçiye sahip olan ve bu takipçileri etkileme gücü bulunan kişilerce yapılan tanıtım ve pazarlama alanında karşımıza çıkmaktadır¹. Kelime anlamı olarak, “etkileyen kişi” olarak ifade edilebilecek influencer, pazarlama faaliyeti yaparak, hedeflenmiş belirli bir insan kitlesini etkileme ve yönlendirme gücü olan kişi, kişiler ve gruplara verilen addır². Influencerlerin bir kısmı zaten daha önce tanınan ünlü kişiler olabildikleri gibi çoğunlukla tanınırlıklarının sosyal medyadaki paylaşımları marifetiyle gerçekleştiği ifade edilmektedir³. Ünlülere kıyasla takipçileri tarafından ulaşılabilirliklerinin daha müm-

1 Ayşe Dilşad Keskin, “Influencer Sözleşmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1, 2022, s. 135.

2 Arzu Şeker, “Influencerların Tüketici Satın Alma Tutum ve Davranışlarına Etkileri Üzerine Nitel Bir Araştırma”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi*, Cilt 22, Sayı 1, 2021, s. 21.

3 Keskin, s. 135.

kün olması gerçeği, takipçiler ile influencer arasındaki etkileşimin daha yüksek olmasına, influencerleri kendileriyle özdeşleştirmelerine, tüketim alışkanlıkları düzeyinde influencerleri taklit etmelerine, influencer tarafından tanıtılan ürüne olan güvenin artmasına sebep olmaktadır⁴. Tüm bunlar, influenceri, pazarlama sektöründe daha etkin ve önemli konuma getirmektedir⁵.

“Influencer Marketing” (hatırlı pazarlama) olarak anılan pazarlama sektöründe sistemin işleyişi, ürünün tanıtımı ve satış miktarının artırılması için, influencer tarafından oluşturulan ve reklam niteliği taşıyan içerik vasıtasıyla üretici veya satıcının influencerin sosyal medya hesabındaki takipçilerinden yararlanılması şeklinde özetlenebilir⁶.

Benzer içerikli bir başka kavram da, “fenomen” kavramıdır. Sosyal medyada paylaştığı içeriklerle takipçilerinin kendisine hayran olmalarını sağlayan, takipçileri tarafından öneri ve bilgilerine önem verilen, belirli sayıda takipçisi olan kişi, şeklinde tanımlanan fenomenin, influencerden en temel farkı ise, takipçileri ile karşılıklı etkileşimin varlığının zorunlu olmayışıdır⁷. Çalışmamızın konusu itibarıyla takipçi ile etkileşim olgusunun varlığı ya da yokluğu önem arz etmediğinden, kavramı fenomen ya da influencer olarak adlandırmanın çalışmamız açısından bir farkı bulunmamaktadır. Ancak kavram bütünlüğünü sağlayabilmek adına çalışmamızda influencer kavramı kullanılacaktır.

Benzer bir başka kavram da inceleme konumuzu oluşturan ve kidfluencer/childfluencer/teenfluencer (çocuk fenomen) diye adlandırabileceğimiz kavramlardır⁸. Öğretide, tanım olarak, “sosyal medyada büyük takipçi kitlelerine sahip, sponsorlu bağlantılar, ürün yerleştirme ve marka iş birlikleri ile reklam içeren paylaşımlar üreten ve böylece maddi kazanç sağlayan çocuk yaştaki influencer” ifadelerine rastlamak mümkündür⁹. Özünde bir influencer

4 Keskin, s. 135.

5 Keskin, s. 135.

6 Keskin, s. 135.

7 Kadir Canöz, Özge Gülmez, Gizem Eroğlu, “Pazarlamanın Yükselen Yıldızı Influencer Marketing: Influencer Takipçilerinin Satın Alma Davranışını Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma”, *S.Ü. Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2020, s. 74; M. Nedim Bayuk, Mustafa Aslan, “Influencer Marketing (Hatırlı Pazarlama)”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Sayı 75, 2018, s. 176.

8 Kavramlar için bkz. Keskin, s. 136. Ayrıca Alman Hukuku’nda kullanımı hakkında, Marie Herberger, “Kinderarbeit unter digitalen Bedingungen”, *Beck-Online*, 2021, Rn. 273. Kidfluencer kavramının Türkiye’de aynı şekilde kullanımı hakkında Elif Karakoç, T. Türkan Ünlü, “Oyun mu, İş mi? YouTube Kidfluencerları Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *TRT Akademi- Dijital Hayat ve Etik*, Cilt 6, Sayı 12, 2021, s. 470.

9 Sapna Maheshwari, “Online and Making Thousands, at Age 4: Meet the Kidfluencers.” *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/2019/03/01/business/media/social-media-influencerskids.html> (30.03.2023).

olan kidfluencerin farkı çocuk yaşta olması, paylaşılan içeriklerin kendisinden ziyade ebeveynleri tarafından oluşturulması ya da onların yönlendirmeleriyle bu tanıtım faaliyetlerini gerçekleştiren kişiler olmasıdır. Influencer olarak adlandırılan kişinin hukuki açıdan belli nitelikleri haiz olması gerektiğine yönelik bir yasal düzenleme bulunmadığından, bu kişilerin çocuk ya da yetişkin olması noktasında da bir sınırlama henüz mevcut değildir.

İnceleme konumuzla ilgili bir başka kavram da, “sharenting” dir¹⁰. Türkçe çevirisinin kabul görmüş bir karşılığını tespit edemediğimiz bu kavram kısaca, ebeveynlerin çocuklarıyla ilgili olarak sosyal medyada paylaşım yapmaları olarak özetlenebilir¹¹.

Dijital dünyada görülen bir başka uygulama da, özellikle anne-çocuk kategorilerinde, “blogger mom”, “instamom” gibi adlarla anılan ve annenin kendi¹² hesabında çocuğunu da dâhil ederek içerik ürettiği durumlardır¹³.

B. Influencer Sözleşmesine İlişkin Temel Esaslar

Hatırlı pazarlama olarak adlandırılan süreçte influencer sözleşmesi, influencer vasıtasıyla yapılan tanıtım ve pazarlama ilişkisinin influencer¹⁴, reklam

-
- 10 Sevede Uzun, “Velayet Hakkı Bağlamında Çocuğun Görüntüsünün Sosyal Medyada Paylaşılması ve Ortaya Çıkabilecek Hukuki Meseleler”, s. 5, [http://humanistburo.org/dosyalar/humdosya/Co-cugun%20Goruntusunun%20Sosyal%20Medyada%20Paylasilmasina%20Dair%20Hukuki%20Meseleler%20\(S.Uzun\).pdf](http://humanistburo.org/dosyalar/humdosya/Co-cugun%20Goruntusunun%20Sosyal%20Medyada%20Paylasilmasina%20Dair%20Hukuki%20Meseleler%20(S.Uzun).pdf) (19.09.2023). “Sharent” ifadesi ise, çocuklarının hayatlarını düzenli aralıklarla ve oldukça yoğun sayıda bloglayan, “tweet”leyen, “post” eden anne ya da babalar için kullanılmaktadır, (Yeşim Esgin, İhsan Eken, “Sharenting Bağlamında Ebeveynlerin Sosyal Medya Kullanımı Ve Çocukların Mahremiyet Hakları Üzerine Bir İnceleme”, s. 202, https://www.researchgate.net/profile/Yesim-Esgin/publication/362126894_Sharenting_Baglaminda_Ebeveynlerin_Sosyal_Medya_Kullanimi_ve_Cocukların_Mahremiyet_Hakları_Uzerine_Bir_Inceleme/links/62d7dd25fdad924dcbf49d4e/Sharenting-Baglaminda-Ebeveynlerin-Sosyal-Medya-Kullanimi-ve-Cocukların-Mahremiyet-Hakları-Uzerine-Bir-Inceleme.pdf (20.03.2023).
- 11 Tanım için ayrıca bkz. Emma Nottingham, “‘Dad! Cut that Part Out!’ Children’s Rights to Privacy in the Age of ‘Generation Tagged’: Sharenting, Digital Kidnapping and the Child Micro-Celebrity” *The Routledge International Handbook of Young Children’s Rights*, s. 2, ‘Dad! Cut that Part Out!’ Children’s Rights to Privacy in the Age of ‘Generation Tagged.’: Sharenting, Digital Kidnapping and the Child Micro-Celebrity’ by Emma Nottingham :: SSRN, (30.03.2023). Blogger anneler, tanınmış anneler veya hasta çocuğunun tedavi parasını toplamak amacıyla ebeveynler tarafından açılan sayfalar sharenting’in farklı türleri olarak karşımıza çıkmaktadır, Karakoç, Ünlü, s. 471.
- 12 YouTube ve Instagram, 13 yaşın altındaki çocukların hesap sahibi olmasını yasaklamaktadır. Bu nedenle 13 yaşından küçük kidfluencerin yıldızı olduğu sosyal medya hesabı kendilerine değil ebeveynlerine aittir. İleride değinileceği gibi bu durum, sosyal medyadan elde edilen reklam gelirlerinin sahibinin ebeveyn olduğu sonucunu doğurmaktadır, Julia Carrie Wong, “‘It’s Not Play If You’re Making Money’: How Instagram And Youtube Disrupted Child Labor Laws”, <https://www.theguardian.com/media/2019/apr/24/its-not-play-if-youre-making-money-how-instagram-and-youtube-disrupted-child-labor-laws> (09.04.2023).
- 13 Uzun, s. 8. Yazar ayrıca, bu tür içeriklerde ailesi tarafından çocuğun içeriği zenginleştiren bir obje olarak kullanıldığından, sevecenliğinin kullanıldığından ve reklamı yapılan ürünün çocuğa faydalı olduğundan bahsedilerek etkili bir pazarlama tekniği kullanıldığına işaret etmektedir.
- 14 Influencerler faaliyet gösterdikleri alanlara göre, youtuber, blogger, gamer ve instagrammer

veren ve bazı durumlarda aracı taraflarından oluşan bir sözleşmedir. Sözleşmenin tanımı, *Keskin* tarafında şu şekilde yapılmıştır; “İnfluencer tarafından, mal ya da hizmet tanıtımı yapmak ve takipçilerini bu mal almaya teşvik etmek amacıyla oluşturulan içeriklerin sosyal medyada paylaşıldığı, reklam veren tarafın ise bu hizmet karşılığında bir miktar para ödeme ya da başka bir menfaat sağlamayı üstlendiği sözleşmedir.”¹⁵

Alman Hukuku’nda, influencer sözleşmesi, influencer olarak adlandırılan gerçek kişilerin (ağırlıklı olarak genç yaşta kişiler) sosyal ağlarda üçüncü tarafa ait ürünlerin reklamını yapması olgusu olarak tanımlanmaktadır¹⁶.

Esasen bir tanıtım ve reklam¹⁷ amaçlı bu sözleşmeyi, iş sözleşmesinden ayıran temel fark, kanaatimizce influencer ile reklam veren arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisinin bulunmayışıdır. Her ne kadar iki taraf arasındaki ilişkide, içeriğin hangi sosyal medya platformunda yer alacağı, içeriğin ne kadar yayınlanacağı, içeriklerde sonradan değişiklik yapıp yapılmayacağı gibi hususlar, reklam verenin talimatı doğrultusunda belirlense de, influencerin takipçileri, reklamı yapılan ürünleri bizzat influencerin kullanıp memnun kaldığı ürünler olduğu inancında oldukları için, influencer ile reklam veren arasında bir bağımlılık ilişkisinin bulunması, influencerin reklam verenden talimat aldığını bilmek takipçinin influencerine olan güvenini zedeleyebilecektir¹⁸. Öte yandan, İsviçre Hukuku’nda, influencer ile reklam veren arasında kendine özgü bir iş sözleşmesi olduğu yönünde bir görüş de bulunmaktadır¹⁹. Çalışmamız bakımından reklam veren ve influencer arasındaki ilişkiye değinilmeyeceğinden, ilerleyen başlıklarda sadece influencer ebeveynin, içerik oluşturmada kullandığı çocuğu ile arasındaki ilişkiye değinilecektir. Diğer bir deyişle reklam veren ile içerik oluşturmada kullanılan çocuk arasında bir ilişki bulunmayıp, çoğunlukla reklam veren ve ebeveyn arasında bir ilişki olduğundan, reklam veren ile çocuk arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olup olmadığı hususu da incelenmeyecektir.

olarak sınıflandırılmaktadır, *Keskin*, s. 135; Oya Altar Yavuz, Merve Yılmaz, “Dijital Reklamcılığın Kurgu Yüzleri: Sanal Influencer’lar”, Ed. Mehmet Yakın, *Dijital Reklamcılık Bize ne Anlatır?*, Urzeni, İstanbul, 2019, s. 183.

15 *Keskin*, s. 133.

16 Ansgar Ohly, Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG*, 8. Baskı, C.H. Beck, 2023, Rn. 25.

17 Temelde reklam sözleşmesi olarak kabul edilebilse de, influencer sözleşmesini reklam sözleşmesinden ayıran farklılıklar hakkında bkz. *Keskin*, s. 138-139.

18 *Keskin*, s. 134.

19 Catalina Goanta, Isabelle Wildhaber, “In the Business of Influence: Contractual practices and Social Media content monetisation”, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Cilt 91, Sayı 4, 2019, s. 353.

C. Çocuk İşçiliği Kavramı

Çocuk çalışması (child-work) ve çocuk işgücü (child-labour) kavramları uygulamada sıklıkla birbirini yerine kullanılan kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yüzden bu kavramlar arasında ayırım yapmak isabetli olacaktır. Çocuk işgücü, “çocuğun eğitimine olumsuz etkisi olan, *çocuğun fiziksel, duygusal, zihinsel, ahlaki ve sosyal gelişimine zarar veren işlerde çalıştırılması*” şeklinde tanımlanmaktadır²⁰. Çocuk çalışması ise, “çocuğun eğitimini engellemeden, *fiziksel, zihinsel, duygusal, ahlaki ve sosyal gelişimine zarar vermeyen işlerde çalıştırılması*”dır²¹.

İş hukukunun temel amacı korunmaya muhtaç olan işçilerin korunması ve işçi ile işveren arasında iş barışının sağlanmasıdır. Çocuklar, küçük yaşta ve gelişim aşamasında olduklarından, hukuken korunmaya en çok ihtiyaç duyan gruplardan birini oluşturmaktadır²². Çocukların işçi olarak çalıştırılması söz konusu olursa konunun önemi daha da artmaktadır²³. Zira çocukların çalıştırılması, onların fiziksel ve psikolojik gelişimlerini olumsuz yönde etkileyebilecektir²⁴. Bu doğrultuda çocukların korunması için ulusal seviyede olduğu gibi küresel seviyede de çokça düzenleme öngörülmüştür²⁵. Zira Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (UÇÖ) 2021 yılında yayımladığı rapora göre, 2020 yılı itibarıyla dünya çapında 160 milyon çocuğun işçi olarak çalışmakta olduğu ve bu çocuklardan 79 milyonunun tehlikeli işlerde çalıştığı tespit edilmiştir²⁶. İşçi olarak çalışan çocukların sayısının ne kadar fazla olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, çocukların ulusal ve uluslararası anlamda ne kadar korunmaya muhtaç oldukları daha iyi anlaşılmaktadır.

Uluslararası hukukta çocuk haklarına ilişkin en önemli düzenlemelerden birincisi, Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Bildirgesidir (1989)²⁷. Söz ko-

20 Ertan Kahramanoğlu, *Türkiye’de Çalışan Çocuklar Sorunu ve Çözüm Yolları*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Hizmetler Yüksekokulu ve Friedrich Naumann Vakfı Yayını, Ankara, 1996, s. 5.

21 Kahramanoğlu, s. 5.

22 Haluk Hadi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 86.

23 Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 35. Baskı, Beta, İstanbul, 2022, s. 267.

24 Ömer Ekmekçi, Ayşe Köme Akpulat, Ayşe Ledün Akdeniz, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 125.

25 Ercüment Özkaraca, Canan Ünal, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar İle Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1 (Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan), 2014, s. 357, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/706786> (12.03.2023).

26 International Labour Organization (ILO) Child Labour Global Estimates 2020, Trends and the Road Forward, 2020, s. 2, https://www.ilo.org/wemsp5/groups/public/---ed_norm/---ipecc/documents/publication/wcms_800278.pdf (12.03.2023).

27 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi, BM Genel Kurulu’nca 20.11.1989 tarihinde kabul edilmiş, 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz bu Bildirgeyi 14.10.1990 tarihinde imzalamıştır. Lakin Bildirge 27.01.1995 tarihinde RG.’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

nusu Bildirge, çocuk haklarının korunmasına dair atılan ilk evrensel adımdır²⁸. Anılan Bildirgeye göre, “*on sekiz yaşına kadar her birey çocuk sayılacaktır*”²⁹. Bildirgenin 19. maddesi çerçevesinde devletlere, “*çocuğun ebeveynleri veya yasal vasisi tarafından bedensel veya zihinsel şiddet, suiistimal ve ihmaline karşı korunması için gerek yasal yönde gerekse idari, toplumsal ve eğitsel açıdan gerekli olan önlemleri alma yükümlülüğü*” yüklenmiştir³⁰.

Bildirgenin 32. maddesinde devletlere çocukların çalıştırılmasına ve ekonomik açıdan sömürüye karşı korunmasına yönelik bazı yükümlülükler yüklenmiştir³¹. Söz konusu hükme göre “*Taraf Devletler çocuğun üstün yararının³² korunması amacıyla işe kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırı tespit etmek*” (i), “*çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemeleri yapmak*”(ii) ve “*maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörmek*” (iii) zorundadırlar³³.

Çocuk yaştakilerin çalışma haklarının korunmasına ilişkin ikinci uluslararası hukuk düzenlemeleri olarak Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından yapılan sözleşmeleri saymak mümkündür.³⁴ 138 No’ lu Asgari Yaş Sözleşmesinin³⁵ 1. maddesine göre bu Sözleşmenin amacı “*çocuk işçiliğini etkin bir şekilde ortadan kaldırmayı ve istihdama ve çalışmaya kabul için asgari yaşın giderek gençlerin fiziksel ve zihinsel yönden tam olarak gelişmelerine olanak tanıyacak bir düzeye yükseltilmesini sağlayan ulusal bir politika*” belirlenmesidir³⁶. 138 No’lu Sözleşmeye göre, “*asgari yaş sınırı, zorunlu öğrenim yaşı-*

28 Özkaraca, Ünal, s. 358.

29 BM Çocuk Hakları Bildirgesi m. 1, <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (12.03.2023).

30 BM Çocuk Hakları Bildirgesi m. 19, <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (18.03.2023). Ayşe Gül Kökkılınç, *Çocuk İşçinin İş İlişkisi*, Legal, İstanbul, 2023, s. 38.

31 Kökkılınç, s. 38.

32 Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz, s. 420.

33 BM Çocuk Hakları Bildirgesi m. 32, <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (s.e.t. 12.03.2023). Kökkılınç, s. 39.

34 Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından yapılan ve Türkiye tarafından onaylanan çocuklara ilişkin sözleşmeler şu şekildedir: “*15 No’lu Asgari Yaş (Trimci ve Ateşçiler) Sözleşmesi*”, “*58 No’lu Asgari Yaş (Deniz) Sözleşmesi (Revize)*”, “*59 No’lu Asgari Yaş (Sanayi) Sözleşmesi (Revize)*”, “*77 No’lu Gençlerin Tıbbi Muayenesi (Sanayi) Sözleşmesi*”, “*115 No’lu Radyasyondan Korunma Sözleşmesi*”, “*123 No’lu Asgari Yaş (Yeraltı İşleri) Sözleşmesi*”, “*127 No’lu Azami Ağırlık Sözleşmesi*”, “*138 No’lu Asgari Yaş Sözleşmesi*”, “*182 No’lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi*”.

35 138 No’lu Sözleşme ILO tarafından 06.06.1973 tarihinde kabul edilmiştir. Bu Sözleşme 27.01.1998 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmış, 30.10.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

36 UÇÖ 138 No’lu Sözleşme m. 1, https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377287/lang--tr/index.htm (18.03.2023). Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz, s. 422; Kökkılınç, s. 98.

nın bittiği yaşın altında ve her halükarda on beş yaşın altında olmayacak şekilde” belirlenmiştir³⁷ (m.2/3). Sözleşmenin 2. maddesinin devamında ise, on beş yaş sınırına bir istisna öngörülmüştür. Bu istisnaya göre, “ekonomik seviyeleri ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan ülkelerde işveren ve işçi örgütlerinin görüşü alındıktan sonra asgari çalışma yaşı on dört olarak belirlenebilecektir”³⁸ (m.2/4). Bununla birlikte belirtmekte fayda vardır ki, Sözleşmeye göre devletler tarafından belirlenen yaş sınırı ne olursa olsun, “devletler asgari yaş sınırını gençlerin fiziksel ve zihinsel yönden tam olarak gelişmelerine olanak tanıyacak şekilde” belirlemek zorundadır (m.1). Sözleşmenin 2. maddesinde getirilen asgari yaş sınırlamasına ek olarak, 3. maddede, “çalışma ortamı veya koşulları gereği kişinin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek her türlü işte on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve gençlerin çalıştırılması yasaktır”³⁹.

Sözleşmenin devam eden hükümlerinde devletlerin ulusal mevzuatlarında on üç ve on beş arası yaşlardaki çocukların hafif işlerde çalışmalarına veya istihdamlarına izin verilebileceği düzenlenmiştir (UÇÖ 138 No’lu Sözleşme m. 7)⁴⁰. Benzer şekilde Sözleşmenin 8. maddesinde çocuğun sanatsal faaliyetlere katılması amacıyla Sözleşmenin 2. maddesinde belirlenmiş asgari yaş sınırlamasına istisna getirilebilecektir⁴¹.

Uluslararası Çalışma Örgütü’nün çocukların çalışmasına ilişkin düzenlediği sözleşmelerden bir diğeri de, “182 No’lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi”dir⁴². Bu Sözleşmede çocuk kavramı 138 No’lu Sözleşmeden farklı tanımlanmış ve “on sekiz yaşının altındaki her birey” çocuk olarak kabul edilmiştir⁴³. 182 No’lu Sözleşme m.3’te, “en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği”

37 UÇÖ 138 No’lu Sözleşme m. 2/3, https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377287/lang--tr/index.htm (12.03.2023). Orhan Ersun Civan, (2017) “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 75, Sayı 4, 2017, s. 225, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/542423> (16.03.2023).

38 UÇÖ 138 No’lu Sözleşme m. 2/4, https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377287/lang--tr/index.htm (12.03.2023). Kökkılınç, s. 100.

39 Kökkılınç, s. 101.

40 Devletlerin ulusal mevzuatlarında böyle bir düzenlemeye yer verebilmeleri için: “Sağlıklarına veya gelişmelerine zarar vermesi ihtimali bulunmayan ve okula devamlarını, yetkili makâmın onayladığı mesleğe yöneltme veya mesleki eğitim programlarına katılmalarını veya derslerden yararlanmalarını engellemek koşulu...” mevcut olması gerekmektedir. Kökkılınç, s. 101.

41 Kökkılınç, s. 100.

42 182 No’lu Sözleşme ILO tarafından 17.06.1999 tarihinde kabul edilmiştir. Söz konusu Sözleşme 27.06.2001 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmış, 02.08.2001 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir.

43 Kökkılınç, s. 104.

tanımlanmıştır⁴⁴. Söz konusu hükme göre en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği “a) çocukların alım-satımı ve ticareti, borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması ve askeri çatışmalarda çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasını da içerecek şekilde zorla ya da mecburî çalıştırılmaları gibi kölelik ve kölelik benzeri uygulamaların tüm biçimleri

b) çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu;

c) çocuğun özellikle ilgili uluslararası anlaşmalarda belirtilen uyuşturucu maddelerin üretimi ve ticareti gibi yasal olmayan faaliyetlerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu;

d) doğası veya gerçekleştirildiği koşullar itibariyle çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işi” ifade etmektedir⁴⁵.

Uluslararası düzenlemeler yukarıdaki gibi özetlenebilirken, 4857 sayılı İş Kanunu’umuzda da çocukların çalışma koşullarını sınırlayacak ve çocukları koruyacak çeşitli hükümler bulunmaktadır. Öncelikli olarak İş Kanununun m. 71 hükmü ile çocukların çalıştırılabileceği yaşlara ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Devam eden 72. ve 73. maddelerde yer altında, sualtında yapılacak her işte ve sanayie ait işyerlerinde on sekiz yaşındaki çocukların çalıştırılması ayrıca yasaklanmıştır.

Anayasa ve 4857 sayılı İş Kanunu’na ek olarak, hukukumuzda 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) ile çocuk ve genç işçilerin çalışma hayatlarında korunmalarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir⁴⁶. 6331 sayılı Kanunun m. 3/1-e’ye göre genç işçi, “On beş yaşını bitirmiş ancak on sekiz yaşını doldurmuş çalışanı” ifade etmektedir. Belirtmekte fayda vardır ki, 6331 sayılı Kanun’da “genç işçi”nin tanımı yapılmış fakat “çocuk işçi”nin tanımına yer verilmemiştir⁴⁷.

Çocukların çalıştırılmasına ilişkin getirilen bir başka düzenleme de, “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”tir⁴⁸. Bu Yönetmelik çerçevesinde genç işçi, “15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişiyi”; çocuk işçi ise, “14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmuş ve ilköğretimini tamamlamış kişiyi” ifade etmektedir.

44 ILO 182 No’lu Sözleşme m. 3, https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377311/lang-tr/index.htm (18.03.2023).

45 182 No’lu Sözleşmenin detaylı incelemesi için bkz. Kökkılınç, s. 102 vd.

46 Çocuk ve genç işçilere yönelik olarak ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanun’unda, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanun’unda düzenlemeler yer almaktadır. Sümer, s. 87; Civan, s. 225.

47 Sümer, s. 88; Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz, s. 419.

48 06.04.2004 tarihli Resmî Gazete.

Anılan Yönetmeliğin m. 5/3 hükmünde işverenlerin “çocuk ve genç işçilerin tecrübe eksikliği, mevcut veya muhtemel riskler konularında bilgisizlik veya tamamen gelişmiş olmamalarına bağlı olarak gelişmelerini, sağlık ve güvenliklerini tehlikeye sokabilecek herhangi bir riske karşı korunmalarını” temin etme yükümlülüğü altında olduğu düzenlenmiştir. Zira, söz konusu Yönetmeliğin 7. maddesinde çocuk ve genç çalışanların “özel politika gerektiren” grupta yer aldığı düzenlenmektedir. Yönetmeliğin devam hükmünde bu özel politika gerektiren gruplarda bulunanların özellikleri göz önüne alınarak bazı eğitimler verilmesi gerektiği düzenlenmiştir⁴⁹. Bu Yönetmelikte de genç işçinin tanımı yapılmış lakin çocuk işçinin tanımına yer verilmemiştir.

Yukarıda bahsedilen klasik anlamda çocuk işçiliğinden korunmaya yönelik yasal düzenlemelerin, inceleme konumuzu oluşturan kidfluencer çalışması için yeterli olup olmadığı ise aşağıdaki başlıklarda ele alınacaktır. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken husus ise, çocuğun internet mecrasında başkaları tarafından içerik üretilmesi için ebeveynlerinin izni ile çalıştırılmasının ve ayrıca çocuğu bizzat ailesinin içerik oluşturmak için kullanması/çalıştırmasının çocuk işçiliği olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Her iki durum birbirinden farklı olmakla birlikte, sonuçta ortada çocuğun çalıştırılması olgusu bulunduğundan, anılan iki durumu ayrı ayrı değerlendirmek gerekecektir. Önemle belirtmek gerekir ki, çalışmamız sadece çocukların ebeveynleri tarafından çalıştırılması üzerinde yoğunlaştığından ve çocukların ailelerinin izniyle başkaları tarafından çalıştırılması klasik iş ilişkisinden çok farklı olmadığından, bu konu incelememizin kapsamı dışında kalacaktır.

II. Çocuk ve Aile Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

A. İlişkinin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi

Çocukların ebeveynleri tarafından sosyal medyada reklam, tanıtım ve dolayısıyla içerik oluşturmak suretiyle gelir elde etme amacıyla kullanılması olgusunun hukuki bakımdan farklı ihlaller içerdiği kuşkusuzdur. Bunlardan ilki, çocuğun ses veya görüntüsünün sosyal medyada kullanılmasının kişilik hakkı ve özel hayatın gizliliğini ihlali ile kişisel verilerinin ihlal edilmesi boyutudur⁵⁰. Bu çalışmada bizim odaklanacağımız husus ise, çocuğun ebeveynleri

49 Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz, s. 125. Özel politika gerektiren grupların içerisinde yer alan diğer gruplar ise; kadın işçiler, engelli işçiler, yabancı işçiler, geçici işçiler, yaşlı işçilerdir.

50 Ülkemizde yürürlükte olan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, çocukların internet ortamında kişisel verilerinin korunmasına yönelik özel bir düzenleme içermemekte iken, bu konuda Avrupa Birliği güncel düzenlemesi olan Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation-GDPR), çocukların kişisel verilerinin korunmasına ilişkin özel düzenlemeler içermektedir. GDPR’ın 8.maddesinde konu şu şekilde düzenlenmiştir; “m.6/1-(a)’nın uygulandığı hallerde, doğrudan bir çocuğa bilgi toplumu hizmetleri sağlanması ile ilgili olarak, çocuğun en az 16

tarafından sosyal medyada gelir elde etme amaçlı kullanımının, diğer bir ifade ile çocuğun anne-babası tarafından içerik oluşturmak amacıyla çalıştırmasının çocuk işçiliği olarak sayılıp sayılmayacağı boyutu olacaktır. Değerlendirme yaparken, çocuk ile ebeveyni arasındaki bu ilişki, kaynağı bakımından ve amacı bakımından sınıflandırılarak ortaya konulacaktır. Bu konuda öğretimizde bir sınıflandırma bulunmadığından, Alman Hukuku öğretisinde yapılan bir sınıflandırma esas alınarak açıklama yapılacaktır. Bu belirlemeler yapılırken, ebeveynlerin çocuklarını kullanarak oluşturdukları bu dijital içeriklerin velayet hakkı kapsamında nasıl konumlandırılacağı da dikkate alınacaktır.

B. Faaliyetin Kaynağı Bakımından Değerlendirme

Çocuk ile ebeveyni arasında gerçekleştirilen influencer seviyesinde sosyal medya içeriği oluşturulması faaliyetinin iki farklı kaynağı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, çocuğun bağımsız bir şekilde, tek başına kendi istek ve iradesi ile faaliyet yürütmesidir⁵¹. Anılan durumda ailenin çocukla arasında bir iş ilişkisi bulunmadığından, bu olasılık inceleme konumuz dışında kalmaktadır. Burada çocuk ile reklam veren arasında bir ilişki bulunmaktaysa ve şayet bu ilişki iş ilişkisi niteliğinde ise, ebeveynlerin buradaki tek rolü, söz konusu çalışma ilişkisine onay vermek şeklinde gerçekleşmektedir. İlişkiye kaynak teşkil eden ikinci durum ise, çocuğun ebeveynin teşviki ve yönlendirmesiyle bu faaliyette bulunmasıdır. Yapılan bu çalışmanın, faaliyetin amacına göre, iş sözleşmesi olup olmadığı bir sonraki sınıflandırmanın konusunu oluşturmaktadır.

1. Çocuğun Tek Başına Faaliyet Yürütmesi

Çocuğun -ebeveynlerinin rızasıyla- influencer olarak faaliyet göstermesi durumunda, ebeveynler aktif ve baskın bir rol üstlenmemiş durumdadır ve ortada sadece çocuk ile reklam ortağı arasında bir ilişki bulunmaktadır⁵². Influencer pazarlama alanında, reklam ortağı ile influencer arasında bir sözleşme söz konusudur ve yukarıda da değinildiği gibi bu ilişki çoğu zaman bir iş sözleşmesi olmayıp, istisna sözleşmesi olarak kabul edilir⁵³. Amaç, belirli bir reklam faaliyetinin po-

*yaşında olması halinde, ilgili çocuğun kişisel verilerin işlenmesi hukuka uygundur. Çocuğun 16 yaşından küçük olması halinde, söz konusu işleme faaliyeti, ancak rızanın çocuk üzerinde velayet hakkı bulunan kişi tarafından verilmesi veya onaylanması halinde ve verdiği veya onaylandığı ölçüde hukuka uygundur. Üye devletler, 13 yaştan küçük olmamak kaydıyla, bu amaçlara yönelik olarak kanunla daha küçük bir yaş belirleyebilir.” Bkz. Berna Çetinkaya, “İnternet Ortamında Çocuğun Kişisel Verileri ve Mahremiyeti”, *Hukuk ve Bilişim Dergisi*, <https://www.hukukvebilisimdergisi.com/internet-ortaminda-cocugun-kisisel-verileri-ve-mahremiyeti/> (26.07.2023). Çocuğun kişisel verilerinin korunması ve sonuçları hakkında ayrıca bkz. Emel Badur, *Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 273 vd.*

51 Herberger, Rn. 273.

52 Herberger, Rn. 273.

53 Herberger, Rn. 273; Jan Busche, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd.

tansiyel müşterilerin dikkatine sunulmasıdır. Bu tür anlaşmalar genellikle sadece yazılı medya için değil, dijital alanda da geçerlidir⁵⁴. Influencer böylece değişen reklam ortaklarıyla farklı kampanyalar için faaliyet yürüten, serbest meslek icra eden kişi konumundadır. Alman hukuku öğretisinde yer alan sınıflandırmayı esas aldığımızdan, bahsedilen bu ilişkinin, Alman Genç İstihdamını Koruma Yasası (Jugendarbeitsschutzgesetz) kapsamında korunma altına alınmadığını da belirtmek gerekir. Bu görüşe göre influencer işçi değil bağımsız çalışan olarak kabul edildiğinden ve anılan kanun da serbest çalışanlara uygulanmadığından, bağımsız çalışan konumundaki çocuk influencer, koruma dışında kalmaktadır⁵⁵.

2. Ebeveynin Teşvikiyle Faaliyet Yürütülmesi

Ebeveynlerin sosyal medya içeriği oluştururken çocuğunu kullanmaları bazen hobi olmaktan çıkmakta ve çocuğun da keyif aldığı boyutu aşabilmekte, çocuklar içerik oluşturma amacıyla uzun saatler ekran başında tutulabilmektedir. İşte bu durumun çocuğun ailesi tarafından zorla çalıştırılması olarak yorumlanması da söz konusu olabileceği bir gerçektir. O halde şu soru ile başlamak gerekir; çocuklar gelir getirici nitelikte olan bu sosyal medya içeriği oluşturulması sürecinde ne amaçla çalıştırılmaktadırlar? Bu sorunun temelde iki farklı yanıtı bulunmaktadır. İlk olasılıkta, ebeveyn çocuğunu eğlence, hobi, gibi gerekçelerle sosyal medya içeriklerine sınırlı biçimde dâhil etmekte, çocuk ebeveyniyle aynı ortamda yaşamasının da bir sonucu olarak, destek amaçlı onların bu faaliyetine dâhil olmaktadır. İkinci durumda ise, faaliyet tamamen çocuğu odak noktası yapmakta ve çocuğun bu faaliyeti artık ailesine destek boyutunu aşarak, ebeveyni tarafından gelir elde etmek amacıyla sistematik, düzenli ve yoğun biçimde çalıştırılması biçiminde gerçekleşmektedir.

C. Faaliyetin Amacı Bakımından Değerlendirme

1. Çocuğun Ailesine Destek Amaçlı Faaliyet Yürütmesi

Çocuk ile ailesi arasında yapılan incelemekte olduğumuz bu faaliyet, ailesinin iyi vakit geçirmek, anı biriktirmek, eğlenmek, çocuğa oyun oynatmak maksatlarıyla gerçekleşebileceği gibi sayılan bu durumlar yapılırken gelir elde edilmesi de söz konusu olabilmektedir⁵⁶. Çocuğun sosyal medya içeriği

1, 8. Baskı, C.H. Beck, 2020, §631, Rn. 175.

54 Beckonline, Notwendiger Inhalt eines Vertrags über Internet-Werbung – Werbewirksamkeit, BGH 17.5.2018 – VII ZR 70/17, NJW-RR 2018, 1319, 1320.

55 Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt, Schlacter, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 23. Baskı, C.H. Beck, 2023, § 1, Rn. 3-12.

56 Hatta bahsedilen gelirle ilgili olarak, yurtdışında yapılan bir araştırmaya göre, “başarılı bir kidfluencerin sosyal medya hesaplarında paylaştıkları sponsorlu içerikler ve marka reklamları dolayısıyla kazancı 26 milyon dolara ulaşabilmektedir”, Marina Masterson, “When Play Becomes Work: Child Labor Laws In The Era Of “Kidfluencers”, *University of Pennsylvania Law Review*, Cilt 169, 2020, s. 577.

oluştururken ebeveyni tarafından hiçbir kurgu, yönlendirme olmadığı, içerik oluşturmanın prova edilmiş bir performansa dayanmayan, çocukların normal oyun faaliyetlerinin ebeveynleri tarafından kayda alınması şeklinde gerçekleştiği pek çok ebeveyn tarafından iddia edilmektedir⁵⁷. Çocuğa yeni alınan bir oyuncuğa verip, o oyuncuğa ilk kez oynayışının kayda alınması, çocuğa birlikte parka gidilip çocuğun parkta oynarken kayda alınması, çocuğun hastayken sergilediği tavırların kayda alınması gibi örneklerde gerçekleşen faaliyetin bir iş değil, zaman geçirme, oyun ya da eğlence olduğunu kabul etmek mümkündür. Ancak bu faaliyetlerin süresi ve yoğunluğu arttıkça ebeveynler bundan gelir elde edebilecek konuma gelebilmektedir. Gerçekten son yıllarda sosyal medya kullanıcılarının, çevrim içi etkinliklerini metalaştırarak gelir elde etmeleri, emeğin dijital bir nitelik kazanması olarak açıklanmaktadır⁵⁸. İşte bu durumda çocuğun söz konusu kazancın oluşmasında önemli bir katkısı ortaya çıkmakta ve böylece çocuk ailesine ekonomik açıdan destek olmaktadır.

İşte bu noktada karşımıza şu soru çıkmaktadır; Çocuğun ailesine destek olmak amacıyla işgücünü ailesi yararına kullanma yükümlülüğü var mıdır? Öncelikle velayet hukuku kapsamında değerlendirilmesi gereken bu husus, çocuğun üstün yararı gözetilerek cevaplanmalıdır. Alman Hukuku'nda yer alan bir düzenlemeden hareket ettiğimizde, BGB §1619'daki "Ev ve işyerlerinde verilen hizmetler" başlıklı şu hüküm dikkat çekicidir; "Çocuk, *ebeveynlerinin evinin bir üyesi olduğu ve ebeveynleri tarafından yetiştirildiği ya da bakıldığı sürece, ev ve işlerinde ebeveynlerine gücüne ve hayattaki konumuna uygun bir şekilde hizmet etmekle yükümlüdür.*" Belirtmek gerekir ki, çok küçük yaştaki çocuklar bakımından bunun kabul edilemez olduğu kuşkusuzdur. Zira Alman Hukuku'nda çalışma yaşı alt sınırı olarak 12 yaş belirlendiğinden, bu yaştan küçüklerin ailesine destek sağlama amacıyla da olsa, sosyal medyada içerik üretmek için çalıştırılması mümkün olmayacaktır.

Çocuğun ailesinin yanında yaşaması durumunda ailesine destek verme (hizmet etme) yükümlülüğü olduğu yönünde yukarıda anılan hükmün karşılığı olan açık düzenleme Türk Aile Hukuku'nda bulunmamakla birlikte benzer nitelikte bir hüküm, "Karşılıklı yükümlülükler" başlığını taşıyan TMK. m.322'de, "Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler." şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Maddede işaret edilen "yardım etme" yükümlülüğü sadece manevi değil, maddi yardım olarak da anlaşılmalıdır. Bu konuda öğretilerde verilen örnekler arasında, "çocuğun ge-

57 Masterson, s. 592.

58 Karakoç, Ünlü, s. 472.

rektiğinde ailesinin işyerinde onlara destek olması” da sayılmıştır⁵⁹. Nitekim çocuğun aileye yardım amaçlı olarak çalışması olgusu ülkemiz uygulamasında da yadsınamaz bir gerçektir. Bu tür çalışmalar öteden beri tarım toplumunda var olduğu gibi modern toplumlarda da bulunmaktadır. Söz konusu çalışmalar çocuğun ailesine ait tarlada, çiftlikte, işletmede, şirkette çalıştırılması şeklinde olabildiği gibi maalesef sokakta çalıştırılması, dilendirilmesi gibi istenmeyen şekillerde de karşımıza çıkabilmektedir.

Çocuğun sömürülmesi boyutuna ulaşmamak kaydıyla ailesine yardım ölçüsünü aşmayan bu çalışmalarını ise, iş hukuku bağlamında çalışma ilişkisi olarak görmemek, bu çalışmaları gönüllü çalışmalar olarak nitelemek mümkündür. Yardım ile çalışma olgusu arasındaki temel ayrım da kuşkusuz öncelikle tarafların ve özellikle de çalışan çocuğun iradesidir. Ancak henüz iradesini özgür biçimde ifade edemeyecek yaştaki çocuklar bakımından ise, bu belirleme kanaatimizce gerçekleştirilen yardım/çalışmanın yoğunluğu, çocuğun gündelik/okul hayatına etkisi gibi kriterlere bakılarak yapılmalıdır.

Ülkemizde henüz gönüllü çalışma ile iş ilişkisi arasındaki ayrımı net bir şekilde ortaya koyan bir düzenleme olmaması, gönüllülerin iş ve sosyal güvenlik hukuku açısından pek çok durumda tamamen yok sayılarak hiçbir hak elde edememelerine yol açmaktadır⁶⁰. Kaldı ki, mevcut gönüllü çalışma ilişkilerine ülkemizde rastlanan örnekler genellikle eğitim, sivil savunma, sosyal hizmet, hayvan koruma gibi alanlarda kişilerin sivil toplum kuruluşları bünyesinde çalıştırılmaları şeklinde olup, aile içinde yapılan bu tür çalışmalar “gönüllü çalışma” olarak anılmamaktadır⁶¹. Bu nedenle kavramı gönüllü çalışma yerine “aile içi yardımlaşma” yükümlülüğü olarak ifade etmek kanaatimizce daha isabetlidir.

59 Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku*, 2. Cilt, Beta, İstanbul, 2017, s. 392.

60 Kübra Doğan Yenisey, Mahmut Kabakçı, *Gönüllü Emeği ve İş Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 81 vd.

61 Doğan Yenisey, Kabakçı, s. 18-26. Aile içi faaliyet olarak gönüllülükle ilgili mevzuatımızdaki tek düzenleme, SSGSSK. m.6/I-a’daki, “ücretsiz çalışan eş”e ilişkin olan düzenlemedir. Yukarıda incelediğimiz TMK. m. 322’deki aile içi yardımlaşma yükümlülüğü benzer bir şekilde eşler arasında da TMK. m. 185/3’de, “Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.” şeklinde düzenlenmiştir. İşte bu yükümlülük eşler arasındaki çalışma olgusunun iş ilişkisi olmadığı yönünde bir karene olarak görüldüğünden, SSGSSK. m.6’da bu çalışmanın sigortalılık ilişkisi olmadığı kabul edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu mutlak bir kural olmayıp, eşler arasında iş ilişkisi kurulmasının da mümkün olduğu elbette kabul edilebilir (Aziz Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, Ender Gülver, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Beta, İstanbul, 2023, s. 325). O halde benzer bir yorum yaparak, çocukların aileleri ile çalışmasını kural olarak aile hukuku ilkeleri gereği karşılıklı yardımlaşma olarak kabul etmek gerekse de, aksi durumun da mümkün olacağı ve çocuk ile ailesi arasında bir iş ilişkisinin de mevcut olabileceği kanaatindeyiz.

Aradaki ilişkinin tespiti bakımından ücret unsuruna dikkat çekilmek suretiyle ailevi bir yardımlaşma olarak nitelendirilebilen ya da gönüllülük esasına dayalı olarak yapılan işlerde ücret söz konusu olmadığından, söz konusu ilişkinin iş sözleşmesi olmadığı yönünde görüşler hâkimdir⁶². Dolayısıyla aileye yardım amaçlı gönüllü olarak içerik oluşturan çocuk ile ebeveyni arasında bir iş ilişkisi olduğunu kabul etmek güçtür.

Konuya sosyal güvenlik hukuku açısından bakıldığında ise, SSGSSK. m.6/1-b'deki şu hükmü ele almak gerekmektedir; “*Aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü derece dâhil bu dereceye kadar hısımlar arasında ve aralarına dışardan başka kimse katılmaksızın, yaşadıkları konut içinde yapılan işlerde çalışanlar, ...4. ve 5.maddelere göre sigortalı sayılmaz.*” Görüldüğü üzere, aile fertleri arasında gerçekleşen iş görme faaliyetleri, bu kişilerin sigortalı olacak niteliğe ulaştırmamaktadır. Bunun için çalışma yapan kişilere ilişkin maddede sınırlamalar katı bir biçimde yapılmış olmakla birlikte, yapılan işin türü ile ilgili olarak bu kadar net bir sınır çizilmemiş ve sadece “konut içinde yapılan işler” şeklinde bir belirleme yapılmıştır. Öteden beri mevzuatımızda yer verilen bu eski düzenleme, o dönemlerin şartlarına uygun biçimde yorumlandığında, konut içinde yapılan el sanatları işleriyle sınırlı tutulması ve istisnanın genişletilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır⁶³. Kavramın sadece el sanatlarıyla sınırlı tutulmaması yönünde de görüşler bulunmaktadır⁶⁴. Kanaatimizce ebeveyni ile çocuk arasında konut içinde (evin ev olma niteliği devam edecek şekilde⁶⁵), başkaları dâhil olmadan yapılan incelediğimiz çalışmayı da bu hüküm kapsamına dâhil etmemiz mümkündür. Böylelikle ortaya bir sigortalılık ilişkisi de çıkmamış olacaktır. O halde, günümüz ihtiyaçlarına uyumlu hale getirerek, aileye yardım amaçlı yapılan sosyal medya içeriği oluşturma faaliyetinin de sigortalılık ilişkisi oluşturmayacağını kabul etmek gerekir. Burada dikkat edilecek hususun gelir elde edip etmeme değil, faaliyetin yardım amaçlı olup olmadığı unutulmamalıdır.

62 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, s. 168; Ünal Narmanhoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 173; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 21. Baskı, Beta, İstanbul, 2021, s. 224; Ali Güzel, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Sayı 2, Haziran 1997, s. 96; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion, Ankara, 2022, s. 307.

63 Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 19. Baskı, Beta, İstanbul, 2021, s. 115; Tuncay, Ekmekçi, Gülver, s. 325.

64 Anılan maddede amacın, aynı konutta yaşayan aile fertleri arasındaki yardım amaçlı yapılan çalışmalarını kapsam dışı bırakmak olduğu yönünde, Refik Korkusuz, Suat Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 5. Baskı, Ekin, Bursa, 2016, s. 266. Benzer görüş, Ali Nazım Sözer, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2023, s. 108-110.

65 Ali Rıza Okur, “Ev Hizmetlerinde (İşlerinde) Çalışanların Sigortalılığı”, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt 7, Sayı 3, 2004, s. 8.

Sonuç olarak ebeveynleri tarafından sosyal medya içeriği oluşturmada kullanılan ancak oyun veya aileye destek boyutunu aşmayan bu faaliyetler, iş ilişkisi olarak nitelendirilemeyecektir. Dolayısıyla çocuğun bu çalışmasının iş hukuku bakımından kötüye kullanımından bahsedilemeyeceğinden, bu konuya ilişkin herhangi bir koruma gerekliliği de söz konusu olmayacaktır⁶⁶.

2. Çocuğun Ailesine Destek Boyutunu Aşacak Şekilde Çalıştırılması

Çocuğun kidfluencer olarak faaliyet yürütmesinde yanıtlanması gereken bir başka soru, çocuğun ebeveynleri yanında çalışmasının her zaman yardım niteliğinde olarak mı değerlendirileceğidir. Belirtmek gerekir ki, iş mevzuatımızda ebeveyn ve çocuk arasında iş ilişkisi kurulamayacağı yönünde açık bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu nedenle kural olarak ebeveynler iş hukuku esaslarına dayanarak çocuklarıyla iş ilişkisine girebilirler⁶⁷. Zira influencer ebeveyn genellikle çocuğa hazırlanan içerikte nasıl davranacağı, ne giyeceği, ne kadar süre videoda bulunacağı yönünde belirlemeler yapmakta ve bu faaliyeti yürütürken âdeta bir işveren gibi çocuğuna talimat vermektedir⁶⁸. Ancak kural olarak ebeveyn ve çocuk arasında kurulan ilişkinin ehliyet koşulları bakımından değerlendirilmesi ve özellikle medeni hukuk açısından konunun ele alınması da gerekmektedir.

a. Velayet Hukuku ve Temsil Bakımından Değerlendirme

Çocuğun sosyal medyada ebeveyni ya da kendisinin fenomen seviyesinde yer aldığı durumlarda artık bu tür içerik oluşturma faaliyetinin tekrar eden, uzun mesai harcanan bir çalışmayı gerektirdiği kuşkusuzdur. Gerçekten de influencerlar çok sık kamera karşısında olup, sık aralıklarla reklam amaçlı içerik yayınlamalıdır. Aksi takdirde takipçileri ilgili hesabın aktif olmadığını düşünüp takipten çıkabilmektedir⁶⁹. İşte bu düzenli ve sürekli çalışma temposu, iş ilişkisinde de mevcut olan bir unsurdur. Çocuğun bu çalışmaya onay verecek yaşta olmaması ve/veya tarafların özellikle çocuğun iş sözleşmesi yapma amaçlı irade beyanının olmaması olasılığı yüksektir. Ancak unutmamak gerekir ki, iş sözleşmesinin zımni irade uyuşmasıyla yapılabilmesi de mümkündür.

66 Ancak bu nitelikteki faaliyetler bakımından da, çocuğun kişilik hakları bağlamında korunması gerektiği açıktır.

67 Ayrıca Alman Hukuku açısından da, çocuğun aile hukukundan doğan destek verme yükümlülüğü olmasının iş sözleşmesi yapabilmesine engel olmayacağından hareket ederek, aynı yönde, Karl August Sachsen Gessaphe, *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Baskı, C.H. Beck, 2020, Rn. 34.

68 Bazı içeriklerde ise, ebeveyn çocuğun örneğin doğal halde oynadığı oyunu videoya çekmekte ve çocuğa müdahalede bulunmamaktadır. İşte bu tür durumlar için sistematik bir çalışma olgusundan bahsetmek mümkün değildir.

69 Herberger, Rn. 274.

Öte yandan, küçükler bakımından iş sözleşmesinin tarafı olup olmadığının tespitinde kişinin ehliyet durumuna göre bir belirleme yapmak gerekir. İlk olarak küçüğün ayırt etme gücünün bulunduğu, sınırlı ehliyetsiz olduğu durumda, TMK. m.16'da yer alan, “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler.., yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler.*” hükmü gereği, tek başına iş sözleşmesi imzalayamayacak, veli ya da vasisinin izni gerekecektir⁷⁰. TMK. m.335'te, “*ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altındadır*” denilerek iş sözleşmesi yapılırken, evli ana-babasının ortak biçimde çocuğun iş sözleşmesi yapmasına izin vermesi gerekmektedir. Küçüğün ayırt etme gücünün bulunmadığı ve tam ehliyetsiz olduğu durumda ise, TMK. m.15'te ifade edildiği üzere, “*Kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fülleri hukukî sonuç doğurmaz.*” bu durumdaki kişinin tek başına sözleşme yapması geçersiz olacak, sözleşmeyi onun adına ve hesabına yasal temsilcisi yapacaktır⁷¹. İncelemekte olduğumuz konu itibarıyla özellikle okul öncesi dönemde bulunan bebek ve çocuklar bakımından da tam ehliyetsizlik durumu söz konusu olduğundan, burada da yasal temsilcisi olan ebeveynlerinin onlar adına sözleşme yapmaları mümkün olabilecektir.

Çalışmamız için asıl önemli husus ise, küçüğün yasal temsilcisi konumunda olan ebeveyni ile iş sözleşmesi ilişkisine girip giremeyeceğidir. Zira uygulamadaki örnekler bakıldığında, küçüğün bizzat kendi ebeveyni tarafından sosyal medya içeriği oluşturmak için çalıştırıldığı gözlemlenmektedir. Velayet hukuku açısından değerlendirme yapıldığında, velayet hakkına sahip olanların temelde çocuğu koruma görevi olduğunu ifade etmek gerekir⁷². Bu nedenle çocuğu temsil yetkisi olan ebeveyninin bu yetkiyi çocuğun yararını göz önünde tutarak koruması gerekmektedir⁷³. Bunu sağlayabilmek adına TMK. m.345'te, “*Çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyumun katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır.*” hükmü yer

70 Ana-babadan biri öldüğünde velayet sağ kalan eşte kaldığından, bu ebeveynin rızası gerekcek; ayrıca ortak hayata son verilme veya ayrılık durumlarında ise velayet hâkim tarafından ana babadan birine verileceğinden, velayet hakkına sahip taraf iş sözleşmesine rıza gösterecektir. Küçük vesayet altında ise, TMK. m.462'de hükme istinaden, küçüğün iş sözleşmesi yapabilmesi için hem vasisinin rızası hem de sulh mahkemesinin izni gerekmektedir, Ayşegül Kökkalınç Eraltuğ, Ayşe Fırat Şimşek, “Çocuk ve Genç İşçinin İş İlişkisinde Veli ve Vasisinin Rolü”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı 21, 2019, s. 99.

71 Sevgi Usta, *Velayet Hukuku*, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 343.

72 Mustafa Dural, Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku*, Cilt 2, 16. Baskı, Filiz, İstanbul, 2015, s. 74.

73 Hayrunnisa Özdemir, Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)*, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 267.

almaktadır. Maddenin çıkış noktası çocuk ile anne- babası arasında yapılacak sözleşmede taraflar arasında yarar çatışmasının gerçekleşme olasılığının bulunmasıdır⁷⁴. Yarar çatışması, TMK. m. 426/2’de belirtildiği üzere, bir olayda tarafların birbirinden farklı olan yararlarının birbiriyle uyuşmaması olup, incelediğimiz konu açısından, kişinin (ebeveynin çocuğu adına) kendisiyle işlem yapması biçiminde ortaya çıkmaktadır⁷⁵. Öte yandan, ana/babanın çocuk adına yapması yasaklanan işlemler de TMK m. 449’da sayılmış, bunlar arasında iş ilişkisi kurulmasını engelleyen bir hükme yer verilmemiştir⁷⁶. O halde, gerek iş hukuku, gerekse velayet hukuku bakımından, çocuğun ebeveyni ile iş sözleşmesi yapması tamamen yasak değildir. Ancak velayet hukuku bakımından, bu sözleşmenin geçerli olabilmesi için kendisine bir kayyım atanması ve hâkimin de söz konusu sözleşmeye onay vermesi gerekecektir. Zira “temsilcinin kendisi ile işlem yapma yasağı” olarak adlandırılan kurala göre, çocuğun yasal temsilcisine borçlanması, taraflar arasında yarar çatışması olduğunun varlığını kanıtlamaya yeterli olduğundan, kendisi ile işlem yapan yasal temsilcinin temsil yetkisine son verilerek, hâkimin kararıyla ilişkiye kayyımın katılımı zorunluluğu kabul edilmiştir⁷⁷. Medeni hukuk öğretisinde kayyım atanmasını gerektiren işlemler arasında genellikle çocuk ile anne baba arasında miras sözleşmesi yapılması, çocuğun denkleştirme borcunun ifası gibi durumlar örnek verilmektedir⁷⁸. Bu işlemlerin ortak yönü, yasal temsilcinin kendisi ile yaptığı işlemle çocuğu borçlandırması olduğuna göre, kanaatimizce çocuğa iş görme borcu yükleyen iş sözleşmesini de kayyım atanacak borçlandırıcı işlemlerden kabul etmek mümkündür.

Ayrıca yaptığı çalışma karşılığında ebeveyni tarafından kendisine ücret verilmemiş olması iş sözleşmesinin unsurlarının yapılan çalışmada bulunmadığından hareket edilerek, iş ilişkisi olmadığını kabul etmek kanaatimizce çocuğun emeğinin ebeveyni tarafından sömürülmesine göz yummak olacaktır.

Sonuç olarak çocuk ile ebeveyni arasında gerçekleşen çocuğun aile hukuku esaslarına göre ailesine yardım etmesi boyutunu aşan çalışmasının yine velayet hukuku kurallarına uygun biçimde yasal temsilcisi olan anne/babası ile temsil ilkelerine uygun olarak (TMK. m. 345 esaslarına göre) iş sözleşmesi yapmasının mümkün olacağı kanaatindeyiz. Vardığımız bu sonuç, TBK. m. 394/2’deki,

74 Özdemir, Ruhi, s. 267.

75 Yarar çatışması hakkında, Özge Yücel, *Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili*, Turhan, Ankara, 2011, s. 59.

76 TMK. m. 449’a göre, “Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır.” Vesayet için kabul edilen bu düzenleme velayet için de geçerlidir.

77 Alper Gümüş, *Türk Medeni Hukukunda Kayyım*, Vedat, Ankara, 2006, s. 199; Yücel, s. 122.

78 Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 662.

“Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır.” yönündeki sözleşme karinesine de uygundur.

b. Çalıştırmanın Niteliği Bakımından Değerlendirme

Çocuğun ailesine destek boyutunu aşacak şekilde kidfluencer olarak çalıştırılmasının çocuk işçiliği niteliğinde olup olmadığını tespitini yapabilmek için söz konusu çalıştırmada faaliyetin hangi nitelikte olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Çalışmamızda ele alındığı üzere, gerek ülkemizde gerekse yabancı hukuk sistemlerinin çoğunda henüz kidfluencer çalışması yasal olarak tanınmış bir faaliyet olmadığından, değerlendirmeyi uygulamada düzenlemesi olan çalışmalara kıyas yapmak suretiyle belirleme zorunluluğu bulunmaktadır. Kıyaslama yapacağımız çalışma türü, İş Kanunu’muzdaki ifade ediliş biçimi ile “sanat, kültür ve reklam faaliyetleri” olacaktır.

Bu düzenleme, “Çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı” başlıklı 71. maddede yer almaktadır⁷⁹. Anılan maddenin son fıkrasında, “Sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinin kapsamı, bu faaliyetlerde çalışacak çocuklara çalışma izni verilmesi, yaş grupları ve faaliyet türlerine göre çalışma ve dinlenme süreleri ile çalışma ortamı ve şartları, ücretin ödenmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” (m.71) hükmüne yer verilmek suretiyle detaylı tespitini yönetmelikle belirleneceğine işaret edilmiş olmakla birlikte anılan yönetmelik henüz çıkarılmamıştır. ÇSGB tarafından hazırlanan ilgili yönetmelik taslağında, reklam faaliyetinin tanımı, “Bir ürünün, hizmetin, markanın, kampanyanın, eserin, kişi, kurum veya kuruluşun tanıtımı amacı ile tertip edilen her türlü defile, şov, söyleşi ile fotoğraf, katalog, broşür çekimi ve benzeri faaliyetler” olarak yapılmıştır (m. 3/1-d). Sanat ve kültür faaliyetleri ise, “Sinema, televizyon, tiyatro, opera, bale, dans, folklor, edebiyat, görsel, dekoratif, müzik ve sahne sanatları”nı ifade edecek şekilde tanımlanmıştır (m. 3/1-f). Tanımlamalara bakıldığında, çocukların influencer ola-

79 “On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler.”

rak yaptıkları çalışmaları, sanat ve kültür faaliyeti olmasa da, reklam faaliyeti kapsamına dâhil etmenin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Zira yönetmelikteki ifade sınırlı bir sayım yöntemi belirlemediğinden, internet ortamında yapılan reklam faaliyetlerini de bu kapsama dâhil etmek mümkün olabilecektir.

Değerlendirmemizi uluslararası düzenlemeler ışında yapacak olursak, “*Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin 94/33/EC Sayılı Direktif*” ne değinmek gerekmektedir⁸⁰. Direktif, reklam faaliyetinin ne olduğuna dair bir tanımlamaya yer vermemiştir. Konumuzu ilgilendiren başlıca düzenleme Direktifin 5. maddesinde, “Kültürel ve benzeri faaliyetler” başlığı altında şu şekilde yapılmıştır; “Çocukların kültürel, sanatsal, sportif veya reklam faaliyetlerinde performans amacıyla çalıştırılması, münferit durumlarda yetkili makam tarafından verilecek ön izne tabidir.”

Direktifin ayrıca m. 3/d’de hafif iş kavramına yer vermiş olduğu görülmektedir. Bu tanıma göre “hafif iş”, içerdiği görevlerin doğal yapısı ve gerçekleştirildikleri özel koşullar nedeniyle çocukların güvenliği, sağlığı veya gelişimi için zararlı olması muhtemel olmayan ve okula devam etmelerine, yetkili makam tarafından onaylanan mesleki rehberlik veya eğitim programlarına katılmalarına veya alınan eğitimden yararlanma kapasitelerine zarar verecek nitelikte olmayan çalışmalardır. Direktif’in çocukların hafif işlerde çalışmalarına izin verdiği bu işler arasında reklam faaliyetlerinin de yer aldığı kabul edilmiştir. Direktife göre, çocuğu hafif işlerde çalışabilmesinin iki temel koşulu bulunmaktadır. İlk olarak, münferit durumlarda ulusal yetkili makamın iznine veya en az on üç yaşındaki çocuklar söz konusu olduğunda kanunda bir istisnaya yer verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ülkemizdeki uygulamada henüz bu şekilde yetkili makamdaki alınan bir “ön izin” olmadığını hatırlamak gerekir. İkinci olarak ise, çocukların güvenliği, sağlığı veya gelişimi ve okula devamları için zararlı olması durumunda istihdamın mümkün olamayacağı kabul edilmiştir. Bu bağlamda influencerlik faaliyetinin bu kapsama dâhil olabilecek bir hafif iş olduğu düşünülebilir. Ancak Direktif’in, bir iş sözleşmesi kapsamında bir işverenle çalışan çocuklarla sınırlı olması, yine incelemekte olduğumuz ilişkiye iş hukuku açısından yasal bir düzenleme yapılması ihtiyacını ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak, çocukların yaptıkları faaliyeti, hafif iş niteliğinde olan bir “sosyal medya reklamcılığı” olarak kabul edilmesi kanaatimizce mümkün olabilir⁸¹.

⁸⁰ 22.06.1994 tarihli ve 94/33/EC sayılı Direktif.

⁸¹ Nitekim Amerikan Hukuku’nda, kidfluencerin gerçekleştirdiği faaliyetin “sosyal medya reklamcılığı” olarak adlandırılabilceği, tanımının da, “*bir ürünün sosyal medya aracılığıyla kullanımı, gösterilmesi veya yerleştirilmesi*” şeklinde yapılabileceği yönünde görüş ileri sürülmüştür, (Charlotte B Winckler, “Kidfluencers: How The Law’s Failure To Keep Up Leaves

Kültür, sanat ve reklam faaliyetleri ile ilgili yabancı hukuk sistemlerindeki düzenlemelere bakıldığında ise, Alman Hukuku'nda yer alan, JArbSchG 14. maddesinin 7. fıkrası ile sanat, kültür ve spor niteliğinde değerlendirilen faaliyetler kapsamında genç çalışanların saat 23.00'e kadar katkı sağlayabilmeleri olanaklıdır. Buradaki temel belirleyici unsur "katkı sağlama" unsuru olmaktadır. Öyle ki, sanat veya kültürel faaliyet kapsamına dâhil olan alanlarda, genç çalışanın örneğin eserin icrasında bir rol alması bu kapsamda kabul edilmektedir. Oysa bilet satışı yapması, yer göstericiliği yapması veya kantinde çalıştırılmasının bu kapsamda değerlendirilmesinin imkânı bulunmayacaktır. Diğer bir deyişle, genç çalışanın doğrudan sanatsal, kültürel veya sportif faaliyete bulunması gerekmektedir⁸². JArbSchG dikkate alınarak yapılan değerlendirmede, kidfluencer faaliyetinin tiyatro etkinliği olmadığı, zira tiyatro faaliyeti için anılan kanunun çocuğun sahneye çıkma olgusunu aradığı ifade edilmektedir⁸³. Benzer şekilde, kidfluencer faaliyeti, JArbSchG § 6/2'de sayılan, kabare, dans salonu ve benzeri kuruluşlar ile lunapark, panayır ve benzeri etkinliklere, gösteri ve temsillerden de değildir. Reklam faaliyeti olduğu hususunda da fikir birliği yoktur. O halde 1976 tarihli bu eski kanunun günümüz teknolojik gelişmesinin bir getirisi olan bu çalışma türü hakkında doğrudan bir düzenleme içermesi beklenemez. Ancak yine de kidfluencer çalışmasını belli sınırlar içinde onay verilebilen kategoriye dâhil etmek isabetli olabilecektir⁸⁴. Ancak kidfluencer çalışmasını denetim makamının vereceği izinle mümkün kılan yeni bir yasal eklemenin yapılması ihtiyacı Alman Hukuku açısından da dile getirilmiştir⁸⁵.

Öte yandan, çalışmanın niteliğinin belirlenmesi ile ilgili olarak, yapılan faaliyetin ev ortamında yapılması açısından bir değerlendirme yaptığımızda, Alman Hukuku'nda savunulan bir görüşe göre, internet için hazırlanan film kayıtlarının her ne kadar ev ortamında hazırlanıyor olsa da, söz konusu ailesel alanın internet ortamında kamuya neşredildiği kabul edilmekte, bu durum veri koruma hukukunun da kapsamına girmektedir⁸⁶. Belirtmek gerekir ki, bu

Children Across The Country At Risk Of Labor Abuse And Financial Exploitation", *Charleston Law Review*, Cilt 16, Sayı 2, 2022, s. 123.).

82 Alpay Hekimler, "Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile Türk ve Alman Hukukunda Genç İşçilerin Çalıştırılmasına Yönelik Mevzuatın Temel Esasları", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt 4, Sayı 75, 2022, s. 2563.

83 Herberger, Rn. 277.

84 Herberger, Rn. 278.

85 Marlen, Schröder, *Positionen zur Diskussion um die Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen bei Film- und Fernsehproduktionen*, Bachelorarbeit, 2012, https://monami.hsmittweida.de/frontdoor/deliver/index/docId/3284/file/Bachelorarbeit_M.Schroeder.pdf, (05.10.2023).

86 Herberger, Rn. 275.

değerlendirme, JArbSchG kapsamına aile ocağında yapılan çalışmaların dâhil olup olmadığını tespit için yapılmıştır. Gerçekten anılan, JArbSchG §1 Abs.2 nr.2'de, "işçi veya ev işçisi olarak çalışanların bu kanun kapsamında olmadıkları" kabul edilmektedir. Dolayısıyla yazar, kidfluencer olarak çalışmanın JArbSchG kapsamına girmediğinden, anılan kişilerin bu kanundaki koruma hükümlerinden yararlanamayacağı kanaatindedir⁸⁷.

Öte yandan, genel yaş sınırını 13 olarak belirleyen Kanun, istisnai olarak, tiyatro gösterimlerinde (6 yaşından büyük ve 3-6 yaş arasındaki) çocukların, ses ve görüntü taşıyıcıları ile film ve fotoğraf kayıtları için günlük belirlenen sınırlar içinde çalıştırılmalarına izin verileceğini düzenlemiştir. (JArbSchG § 6,1). Bu noktada, 0-3 yaş grubundakilerin tiyatro gösterimlerine ilişkin hükme kıyasen, kidfluencer olarak faaliyet göstermesinin bu kanuna aykırı olduğu yönünde görüşler olduğu gibi bu çocukların oyun oynarken kendi hallerine bırakılarak, herhangi bir yönlendirmeye maruz kalmadan video çekmenin mümkün olacağı ve zaten bu faaliyetin bir istihdam olmayacağı yönünde de görüşler vardır⁸⁸. Ancak baskın görüş, çocuğun kendisinin belirlediği oyunu oynarken dahi aynı zamanda ebeveyni için bir edim ifa ettiği gerekçesiyle denetim makamının izniyle bu yaştaki çocukların da çalışmasına izin verilebileceği yönündedir⁸⁹.

III. Çocuğun Faaliyetlerinin Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Koruyucu Hükümlerin Yeterliliğinin Değerlendirilmesi

Hukukumuzda küçük yaştaki çocukların işgücünden yararlanılmasının önüne geçilmesi için hukuki tedbirler bulunmaktadır. Ancak iş mevzuatımızdaki bu düzenlemelerin temel mantığı, öncelikle çocuğun yaptığı işin iş ilişkisi olarak kabul edilmesinden hareket etmektedir. Diğer bir deyişle iş mevzuatı kapsamına dâhil olmayan bir çalışma biçimini bu mevzuattaki hükümlerle korumak mümkün olmamaktadır. Yabancı hukuk sistemlerinden Alman Hukukunda (Genç İstihdamını Koruma Yasası- (JArbSchG)) olduğu gibi genel nitelikli bir düzenlemenin olmayışı söz konusu duruma sebep olmaktadır. Bu nedenle kidfluencerların ailesi tarafından çalıştırılması sürecinde onları korumanın yolu, bu konuda özel bir düzenleme yapılınca kadar, iş mevzuatındaki düzenlemelerden yararlanmalarını sağlamak olacaktır.

87 Herberger, Rn. 275.

88 Georg, Erbs/Max, Kohlhaas/Ambs/Peter, Häberle, *Strafrechtliche Nebengesetze*, 233. EL 10/20, 2023, § 6 JArbSchG, Rn. 1.

89 Herberger, Rn. 277.

A. Yabancı Hukuk Sistemlerindeki Özel Koruyucu Düzenlemelere Bakış

Bu başlık altında ilk ele alacağımız düzenleme, Alman Hukuku olacaktır. Belirtmek gerekir ki, Alman Hukuk sisteminde de henüz kidfluencerların çalışma ilişkisine yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple çocuk yaştaki bu kişilerle ebeveynleri arasındaki çalışmada, çalışan konumundaki çocuğun, bu konuda genel düzenleme olan Genç İstihdamını Koruma Yasası⁹⁰ kapsamında ele alınıp alınamayacağı tartışmaları bulunmaktadır⁹¹. Anılan Kanun, ülkemizdeki gibi, çocuk ve genç istihdamının korunmasına yönelik hükümleri İş Kanunu içinde değil de, ayrı bir kanun olarak düzenlemiştir. Bu yönde bir düzenlemenin olumlu yanı, korumadan sadece bizdeki gibi İş Kanunu kapsamındakilerin değil, istihdam ilişkisi içinde olan herkesin yararlanabilmesidir. Söz konusu düzenlemeye göre, “istihdam”dan kasıt; “talimatlara bağlı olarak bağımlı bir ilişki kapsamında ifa edilen ve iş sözleşmesinin filli olarak bağitlanmış olup olmamasına bakılmaksızın tüm işlerdir”⁹².

Yukarıda da ifade edildiği gibi kidfluencer çalışması, JArbSchG bağlamında bir çalışmaya tam örtüşmediğinden, kidfluencer çalışmasını denetim makamının vereceği izinle mümkün kılan yeni bir yasal eklemenin yapılması ihtiyacı Alman Hukuku açısından da dile getirilmiş olduğunu hatırlatmakta fayda vardır⁹³.

Bu konuda ilk yasal düzenleme Fransız Hukuku’nda yapılmıştır. 2021 yılında yürürlüğe giren, “On Altı Yaşından Küçük Çocukların Çevrimiçi Platformlardaki İmajı” başlıklı kanun⁹⁴ ile influencer faaliyeti iş olarak kabul edilmiş ve Fransız İş Kanunu’ndaki ilgili koruma düzenlemeleri ile donatılmıştır⁹⁵. Bu düzenlemeye göre, aileler çocuklarıyla içerik oluşturmadan önce yetkili makamdan onay almak zorundadır⁹⁶. Bu onay ile çocuğun internette maruz kaldığı sonuçlar için gerekli duyarlılığa sahip oldukları ailelerce garanti edilmelidir. Bu çalışma sonucu elde edilen gelirlerle ilgili olarak ise, Caisse des dépôts et Consignations’a

90 12 Nisan 1976 tarihli Genç İstihdamını Koruma Yasası (Jugendarbeitsschutzgesetz).

91 Herberger, Rn. 273-278.

92 Hekimler, s. 2557. Yazar ayrıca, eser sözleşmesi kapsamında çalışanlar ile ergin olmayan çalışanın, harçlığını çıkarmak gayesiyle çalışıp, bu çalışmasını iş ilişkisi olarak değil hobi amaçlı yürüttüğü durumlarda dahi bu kanunun uygulanacağını ifade etmektedir.

93 Herberger, Rn. 279.

94 19.10.2020 tarih ve 2020-1266 sayılı Kanun, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORF-TEXT000042439054> (04.04.2023).

95 Bu çalışmanın yürürlükteki yasal düzenlemelerdeki çalışma ilişkilerine benzemediği için İş Kanunu kapsamı dışında bırakmak yerine, İş Kanunu kapsamına almak suretiyle Fransız Hukuku’nda, kidfluencerlerin açık yasal düzenleme ile korumaya kavuşturulduğu görülmektedir.

96 Herberger, Rn. 279.

(Mevduat ve Emanet Sandığı)⁹⁷ bildirim yapma zorunluluğu bulunmaktadır⁹⁸. Bu hükümle, Fransız yasama organı, kişinin kendi imajı ve çocuğun çalışma yeteneği hakkının ticarileştirilmesinden elde edilen kârın en azından bir kısmını çocuğa sağlama amacını gütmektedir⁹⁹. Nitekim kidfluencer ergin olduktan sonra bu miktarlara erişebilir. Bu sayede ailenin çocuk üzerinden zenginleşmesinin ve çocuğun sömürülmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır¹⁰⁰.

Kanunda odaklanılması gereken bir başka düzenleme ise, çocuğun isteği doğrultusunda sosyal medya ve benzer platformları herhangi bir video ya da içeriği kaldırmak zorunda bırakan “unutulma hakkı”na yer vermesidir¹⁰¹.

Düzenlemede sadece çocuklarını çalıştıran ebeveynler değil, üçüncü kişiler de yükümlülük altına alınmıştır. Buna göre, reşit olmayan bir influencerı çalıştırmak isteyen herhangi bir işyerinin yerel idarelerden izin alması gerekmektedir¹⁰².

İncelemekte olduğumuz çalışmanın yasaklaması, günümüz koşullarında pratik olma olasılığı düşük olacağından, Fransız kanun koyucusunun en azından bu tür faaliyetlerde bulunurken çocuk için mümkün olan en iyi korumayı sağlamaya çalıştığı görülmektedir¹⁰³. Bu haliyle Fransız Hukuku’ndaki bu yeni düzenlemenin diğer ülkeler için de bir model oluşturduğu söylenebilir.

Amerikan Hukuku’nda da kidfluencerlar ile ilgili doğrudan bir yasal düzenleme bulunmamakta ve bu eksikliğin giderilmesi gerekliliğine işaret edilmektedir¹⁰⁴. Ülke genelinde sadece 32 eyalette çocukların eğlence sektöründe ça-

97 Bkz. <https://www.caissedesdepots.fr/>, (28.09.2023).

98 Herberger, Rn. 279.

99 Sophie Dannecker, “Kurzer Ausblick nach Frankreich Französisches Parlament verabschiedet Gesetz zum Schutz von Kinder-Influencern” *NZFam*, Beckonline, 2020, Rn. 1094.

100 Herberger, Rn. 279.

101 Independent Türkçe, *Fransa’da bundan böyle 18 yaşını tamamlamamış olan fluencerler çocuk işçi kabul edilecek* <https://www.indyurk.com/node/255881/ya%C5%9Fam/fransadart%C4%B1k-18-ya%C5%9F%C4%B1ndan-k%C3%BC%C3%A7%C3%BCk-fenomenler%C3%A7ocuk-i%C5%9F%C3%A7i-kabul-edilecek> (04.04.2023).

102 Independent Türkçe, *Fransa’da bundan böyle 18 yaşını tamamlamamış olan fluencerler çocuk işçi kabul edilecek* <https://www.indyurk.com/node/255881/ya%C5%9Fam/fransadart%C4%B1k-18-ya%C5%9F%C4%B1ndan-k%C3%BC%C3%A7%C3%BCk-fenomenler%C3%A7ocuk-i%C5%9F%C3%A7i-kabul-edilecek> (04.04.2023).

103 Dannecker, Rn. 1094.

104 Madyson Edwards, “Children Are Making It Big (For Everyone Else): The Need For Child Labor Laws Protecting Child Influencers”, 2023, <https://ssrn.com/abstract=4351827> (09.04.2023). Kidfluencerlerin ve hatta Influencerlerin iş yasalarında korunmalarına yönelik eksikliklerin olduğu yönünde ayrıca bkz. Munirat Sulmain, “Is Kidfluencing Child Labor?: How the Youngest Influencers Remain Legally Unprotected”, *Columbia Undergraduate Law Review*, 2022, <https://www.culawreview.org/journal/is-kidfluencing-child-labor-how-the-youngest-influencers-remain-legally-unprotected> (11.04.2023).

lıştırılmalarına yönelik yasal düzenlemeler bulunmakta ve korunması gereken çocuğun tanımı hususunda ortak bir belirleme dahi bulunmamaktadır. Böylece anılan kişilerin korunması hususunda da yeknesaklık oluşmadığı görülmektedir¹⁰⁵. Youtube ve Instagram'ın Kaliforniya'da bulunması nedeniyle burada yürürlükte olan ve Coogan Yasası¹⁰⁶ olarak anılan "California Çocuk Aktörler Yasası", çocuğun çalışmasının iş hukuku açısından korunmasından ziyade, çocuğun bu çalışması sonucu elde ettiği gelirin korunmasına odaklanmaktadır¹⁰⁷. Bu konuda Amerikan Hukuku'nda, somut bir tedbir ve kidfluencerları koruyucu bir düzenleme olarak, yapılan faaliyetin iş hukuku bağlamında iş olarak kabulünün ardından, ebeveynle birlikte içeriğin paylaşıldığı sosyal medya platformunun da ortak işveren olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir¹⁰⁸. Sonuç olarak, Amerikan Hukuku'nda yürürlükte olan Adil Çalışma Standartları Yasası¹⁰⁹ (The Fair Labor Standards Act- FLSA)'nın çocuk işçiliğine yönelik kapsamlı düzenlemeleri bulunmasına rağmen, "baskıcı"¹¹⁰

105 Sulemain, <https://www.culawreview.org/journal/is-kidfluencing-child-labor-how-the-youngest-influencers-remain-legally-unprotected> (11.04.2023).

106 Amerikalı çocuk oyuncu, Coogan'ın, Charlie Chaplin filmlerinde rol alarak, 1930'lı yıllarda elde ettiği gelirin tümünün ailesine kalmasının ardından çıkarılan yasa, çocuk sinema yıldızlarına, sözleşmelerinin mahkemelerce onaylanması, gelirlerinin mali kurumlarca denetlenmesi gibi haklar tanımlıydı. 1 Ocak 2000'de Kaliforniya yasasında yapılan değişiklikler ile reşit olmayanların eğlence endüstrisindeki kazançlarının ebeveynlerinin değil, reşit olmayanların mülkiyetinde olduğu yönünde düzenleme eklendi. Bu değişiklik ayrıca, reşit olmayanların tüm kazançlarının %15'inin genellikle Coogan Hesabı olarak bilinen bloke edilmiş bir güvens hesabında bir kenara bırakılmasını gerektirir. (<https://www.sagaftra.org/membership-benefits/young-performers/coogan-law> (09.04.2023)). Anılan yasal düzenlemenin metni için bkz. <https://www.sagaftra.org/membership-benefits/young-performers/coogan-law/coogan-law-full-text>, (09.04.2023).

107 Belirtmek gerekir ki bu yasa, California, New York, Illinois, Louisiana ve New Mexico'da yürürlüktedir. 2018'de Kaliforniya Meclis Üyesi Kansen Chu, şu anda çocuk oyuncular için geçerli olan korumaları sosyal medya yıldızlarını da içerecek şekilde genişletecek bir yasa tasarısı önerdi, ancak bu korumalar nihai Kaliforniya eyalet yasasından çıkarıldı, Masterson, s. 169.

108 Wong, <https://www.theguardian.com/media/2019/apr/24/its-not-play-if-youre-making-money-how-instagram-and-youtube-disrupted-child-labor-laws>, (26.01.2023).

109 The Fair Labor Standards Act of 1938, <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/WHd/legacy/files/FairLaborStandAct.pdf> (11.04.2023).

110 Düzenlemede yer alan "baskıcı çocuk işçiliği" kavramı ile anlatılan, 16 yaşından küçük çocuğun, imalat veya madencilik faaliyetlerinde çalıştırılması, çocuğun tehlikeli ve sağlığına zarar verecek işte çalıştırılması gibi zor şartlar altında çalıştırılmasını açıkça yasaklamaktadır. Kidfluencer çalışmasını bunlara dâhil etmek güç olduğu gibi düzenlemede yer alan şu hüküm de kidfluencer çalışmasının bu kanun kapsamında korunmasına engel olmaktadır; "imalat veya madencilik dışında bir işte veya Çalışma Bakanı tarafından on altı ila on sekiz yaş arasındaki çocukların istihdamı için özellikle tehlikeli olduğu veya sağlıklarına veya refahlarına zarar verdiği tespit edilen bir işte kendi çocuğunu veya on altı yaşın altındaki velayeti altındaki bir çocuğu çalıştıran bir ebeveyn veya ebeveyn yerine geçen bir kişi dışında kalanlar" bakımından baskıcı çocuk işçiliği kabul edilmiştir (FLSA, § 203/5/1-1-2 ayrıca § 212/c). O halde ebeveyn tarafından çalıştırılan kidfluencerler bu hüküm gereği, baskıcı çocuk işçiliği kapsamında kabul edilmediklerinden, koruma kapsamının da dışında kalmaktadır. Öte yandan ebeveynin çocuğunu kendi kontrolü altında çalıştırdığı durumda dahi devletin bu çalışmayı sınırlama yetkisi olacağı, bunun da, sosyal medya faaliyetinin çocuğa zarar

emeğin sınırlı tanımı ve çocuk yıldızlara yönelik muafiyetler gibi faktörler, kidfluencerları ebeveynlerinden, sponsorlarından ve platformlarından gelecek sömürü ve tacizden korumada yasal boşluklar bırakmaktadır¹¹¹.

Hollanda Hukuku açısından değerlendirme yapıldığında, ülkede çocuk işçiliğinin önüne geçilmek amacıyla 1995 tarihli Çalışma Saatleri Yasası (Arbeids-tijdenwet) yürürlükte olup, yasaya göre “çocuk”, 16 yaşın altındaki kişi olarak belirlenmiştir. Bir çocuğun ticari bir ortamda yaptığı her türlü faaliyet, iş ilişkisi kapsamında değerlendirilir. Hem işveren hem de ebeveyn çocuk çalıştırma yasağına uyulmasından sorumlu tutulmuştur. Yasak kapsamı dışında tutulan faaliyetler sözleşmeye dayalı bir anlaşmayla ilgili değildir. Sözleşmeye dayalı anlaşma kavramı ise geniş yorumlanarak, ebeveynlerle yapılan sözleşmeye dayalı anlaşmaları da kapsamaktadır. Anılan yasa, çocuk işçi çalıştırma yasağına diğer hususların yanı sıra, moda performansları, görsel-işitsel kayıtlar ve endüstriyel olmayan diğer hafif işleri de dâhil etmiştir¹¹². On üç yaşından büyük çocuklar okul saatlerinden sonra hafif işlerde çalışabilirken; on üç yaşından küçük çocuklar için, işverenlerin talebi üzerine, moda performansları ve görsel-işitsel etkinlikler gibi kültürel çalışmalar bakımından iş müfettişliği muafiyet tanyabilmektedir. Hafif işin tanımına yasada açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, reklam faaliyetlerinde çalışmanın bu nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹¹³. Görüldüğü üzere, ülkemiz ve diğer hukuk sistemlerinin çoğunda Yasa, istihdam ilişkilerine odaklanmış olduğundan, kidfluencer faaliyetlerinin hepsi olmasa da çoğu yasanın kapsamı dışında kalmaktadır. Gerekçe olarak da bu tür işlerin bir işverenden ziyade ebeveynin yetkisi altında gerçekleştiğini eklemek mümkündür¹¹⁴.

Belçika Hukuku'nda ise, 0-15 yaş arasındakiler çocuk işçi; 15, 18 veya 21 yaşlardakiler ise genç işçi olarak tanımlanmış olup, kural olarak çocukların çalıştırılmaları yasaklanmıştır¹¹⁵. Yasaklamaların bazı istisnaları bulunmakta-

verdiğinin tespiti sonrasında yapılabileceği görüşü de mevcuttur, (bkz. *Prince v. Massachusetts*- 321 U.S. 158, 64 S. Ct. 438 (1944), LexisNexis, <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-prince-v-massachusetts>. Suleiman, , <https://www.culawreview.org/journal/is-kidfluencing-child-labor-how-the-youngest-influencers-remain-legally-unprotected> (11.04.2023).

111 Suleiman, <https://www.culawreview.org/journal/is-kidfluencing-child-labor-how-the-youngest-influencers-remain-legally-unprotected> (11.04.2023).

112 Bkz. 1995 tarihli Çalışma Saatleri Yasası (Arbeidstijdenwet), madde 3.2-3.3, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/SERIAL/68828/78304/F556723639/NLD68828.pdf> (15.04.2023).

113 Simone Van der Hof, Valeria Verdoodt, Mark Leiser, “Child Labour and Online Protection in a World of Influencers”, *SSRN Electronic Journal*, 2019, s.1, https://www.researchgate.net/publication/336249812_Child_Labour_and_Online_Protection_in_a_World_of_Influencers (14.04.2023).

114 Van der Hof, Verdoodt, Leiser, s. 18.

115 Report on the practical implementation of Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work, *Report_on_the_implementation_of_Council_Directive_9433EC_TheNetherlands.pdf*, (05.10.2023).

dır. Bunlar; çocuğun eğitimi ile ilgili olabileceği gibi bazı özel durumlara özgü de olabilmektedir. Son istisna ise, çocuğun reklam amaçlı olarak, video veya görsellerde oyuncu veya model olarak faaliyet göstermesidir. Eğer çocukların influencer olarak çalışması bu istisnaya dâhil edilirse, o zaman çocuklar bir dizi korumadan yararlanabilir. İlk olarak, bu tür işleri düzenleyen kişinin bir ay önceden çocuk çalıştırma yasağından belirli bir sapma için başvurması (istisna tanımada yetkili makam Belçika Sosyal Kanunları Genel Danışmanıdır) gerekliliği ortaya çıkar. Ayrıca, organizatör faaliyetin olumsuz bir etkiye sahip olmamasını sağlamak zorunda olduğu gibi kayıt veya fotoğraf çekimi için çocuktan önce babasının, annesinin veya yasal vasisinin rızasını almalıdır. Üçüncü olarak, eğer çocuk hâlâ zorunlu eğitime tabi ise ve iş çocuğun okula gitmemesini gerektiriyorsa, okul yönetiminden yazılı görüş alınmalıdır. Kidfluencer çalışmasında, organizatör, duruma göre, influencerı kullanan işletme veya çocuğun ebeveynleridir. Burada unutulmaması gereken önemli nokta, çocuğun emeğinin karşılığında elde ettiği geliri, çocuğun reşit olduktan sonra erişebileceği, çocuğun adına bireyselleştirilmiş bir tasarruf hesabına yatırılması zorunluluğudur¹¹⁶. Bu kuralların ihlali organizatör hakkında cezai ve idari yaptırımlara neden olacaktır¹¹⁷. Ancak, bu kuralların bir çocuk influencer çalışma senaryosuna doğrudan uygulanması kolay değildir. Zira kidfluencer çalışması genellikle ebeveynleri tarafından ev ortamında organize edildiğinden, normal oyunculuk faaliyetinden farklılık arz eder. Bu nedenle mevcut yasal düzenlemelerin nasıl uygulanacağı ve çocukların -özellikle de çok küçük çocukların- bu koşullar altında koruma haklarını nasıl kullanabilecekleri sorusunun yanıtı Belçika Hukuku'nda da henüz bulunmamaktadır¹¹⁸.

Birleşik Krallık Hukuku'na baktığımızda ise, bu ülkenin kidfluencerler için geçerli olabilecek hükümlere sahip olduğu görülmektedir¹¹⁹. Anılan düzenlemelerde, tıpkı Belçika ve Hollanda'da kabul edildiği gibi, 13 yaşına kadar çocuk işçi çalıştırma konusunda genel bir yasaklama bulunmaktadır¹²⁰. Tam zamanlı çalışma ancak yasal zorunlu eğitim döneminin sonrası için mümkündür. Bununla birlikte, çocuk işçiliğinin yasaklanmasının önemli bir istisnası, 16 yaşından küçük çocukların, televizyon, tiyatro ve modellik gibi alanlarda performans lisansı aldıktan sonra çalışabilmeleridir. Çocuk şayet henüz yasal zorunlu eğitim dönemindeyse ve seyircinin izlemek için para ödediği filmle-re, oyunlara, konserlere katılıyorsa veya "çocuğa ödeme yapılan herhangi bir

116 Van der Hof, Verdoodt, Leiser, s. 19.

117 Van der Hof, Verdoodt, Leiser, s. 19.

118 Van der Hof, Verdoodt, Leiser, s. 18-19.

119 Van der Hof, Verdoodt, Leiser, s. 19.

120 Van der Hof, Verdoodt, Leiser, s. 19.

spor etkinliği veya modellik görevi” yerine getiriyorsa, bir performans lisansı alınması zorunluluğu bulunmaktadır. Etkinliği yürütmekten sorumlu kişi, bir çocuk performans lisansı için çocuğun yerel konseyine başvurmakla yükümlü tutulmuştur¹²¹. Çocuğun faaliyetini lisanslı tesislerde gerçekleştirmeyi taahhüt ederse, bunu mutlaka refakatçi gözetiminde yapmalıdır. Influencer çalışmaları nadiren ev dışında gerçekleşse de, çocuğun hem gözetimini hem de güvenliğini sağlamak için, çocuk işçiliğine ilişkin risk değerlendirmelerinin ilgili yerel makam tarafından yapılmasını sağlayan yasal bir çerçeve oluşturulmuştur. Rejim esneklik ve yargı yetkisine bağlıdır. Örneğin Kuzey İrlanda’da, çocuk, özellikle amaç için düzenlenmemiş bazı normal etkinliklerde bulunurken, (örneğin parkta oyun oynarken), kendisiyle röportaj yapılırken ruhsat gerekliliğinden feragat etmektedir¹²². Ancak çocuk filme alınırken herhangi bir şekilde yönlendirilen faaliyetleri performans olarak sınıflandırıldığından, ruhsat gerekliliği devam eder¹²³. O halde, markalar, kendi ürünlerinin reklamını yapan kidfluencerlar için ekrandaki ya da sosyal medyadaki etkinliği üzerinde editoryal kontrol uygulayan performans lisansı alma yükümlülüğü altındadır¹²⁴. Kanaatimizce, influencerı çocuk işçiliğine karşı korumada ebeveyn yanında reklam veren firmaları da sorumlu tutan Birleşik Krallık Hukukundaki bu düzenleme, ülkemiz hukuk sistemi için örnek teşkil edebilir.

B. İş Mevzuatımızda Özel Düzenlemenin Mevcut Olmaması

Mevzuatımızda kidfluencer çalışmasını yasaklayan açık bir düzenleme bulunmadığı gibi bu çalışma kapsamındaki çocukları koruyucu nitelikte özel hükümler de henüz bulunmamaktadır. Bu nedenle yeni bir yasal düzenleme yapılınca kadar, bu nitelikte faaliyette bulunan çocukları, işçi olarak kabul edip, İş Kanunu’muzda küçük yaştakilerin çalışmalarına ilişkin esasları onlar için de kabul etmek soruna pratik bir çözüm olarak kabul edilebilir. Bu bağlamda ilgili düzenlemelere kısaca değinecek olursak, çocuk işçilerin korunmasına yönelik öncelikli düzenlemenin 1982 sayılı Anayasa’da (AY) yer almış olduğu görülmektedir¹²⁵. Anayasa’mızın m.41/son hükmüne göre devlet, *“her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür”*. Çocukların çalıştırılmasına ilişkin Anayasa’da getirilen bir başka düzen-

121 Bkz. Child Employment, Child employment: Performance licences and supervision for children - GOV.UK (www.gov.uk) (15.04.2023).

122 Van der Hof, Verdoodt, Leiser, s. 19.

123 Bkz. UK-Kuzey İrlanda Devleti Çocuk performans lisansı (Kuzey İrlanda) - GOV.UK (www.gov.uk) (15.04.2023).

124 Van der Hof, Verdoodt, Leiser, s. 19.

125 Süzek, s. 884.

leme de, 50. maddede yer almaktadır¹²⁶. Anayasa'nın m. 50/1-2 hükümlerine göre “*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar*”. Anayasa'mız çocuklara ilişkin getirdiği bu hükümlerle çocukların istihdam edilebileceği durumlar için bedeni ve ruhi yeterliliklerinin dikkate alınmasının gerektiğini ve çocukların her türlü istismara (ekonomik istismar da dâhil) karşı devletin koruma yükümlülükleri alması gerektiğini düzenlemiştir.

Anayasa'daki çocukların korunmasına ilişkin getirilen düzenlemeler doğrultusunda 4857 sayılı İş Kanunu m.71'de çocukların çalışmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir¹²⁷. İş Kanunu m. 71 hükmü kural olarak on beş yaşını tamamlamamış çocukların çalışmasını yasaklamıştır. Kanunumuz çocukların çalışması noktasında “çocuk işçi” ve “genç işçi” ayırımına gitmiştir. İş Kanunu m. 71/3 hükmüne göre genç işçi, “*on beş yaşını tamamlamış, ancak on sekiz yaşını tamamlamamış*” kişiyi; çocuk işçi ise, “*on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış*” kişilerdir¹²⁸. Kanunumuzun yaş düzenlemesi ile 138 No'lu Sözleşmede getirilen sınırı değerlendirecek olursak, Kanunda çocuklara ilişkin getirilen sınırlamalar 138 No'lu Sözleşme ile uyum içerisinde olduğunu söylemek mümkündür.

İş Kanunu m. 71/1 hükmünde her ne kadar on beş yaşını doldurmamış çocukların çalışması yasaklanmış olsa da maddenin devamında bu kuralın iki istisnası düzenlenmiştir¹²⁹. Bunlardan ilki on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış çocuklara yöneliktir¹³⁰. İş Kanunu m. 71/1-c.2 hükmüne göre, “*on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabileceklerdir*”.

İkinci istisna ise on dört yaşını doldurmamış çocuklara yöneliktir. Buna göre, “*on dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler*” (İK m. 71/1-c.3) İş Kanunu m. 71 hükmü çocukların çalışmasına ilişkin bir nevi serbestlik ta-

126 Süzek, s. 884.

127 Süzek, s. 328, s. 884.

128 Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz, s. 419.

129 Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 496.

130 Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 496.

nımış olsa da, çocuğun güvenliğine, sağlığına, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmelerine aykırı olacak şekilde veya çocuğun okula gitmesine ve mesleki eğitimine devam etmesine engel olacak şekilde çalıştırılması hukuka aykırı olacaktır.

Uluslararası Çalışma Örgütü 138 No'lu Sözleşmenin 3. maddesinde çocukların çalışmasına yönelik bir sınırlama getirmiştir. Söz konusu maddedeki düzenleme şu şekildedir; *“Doğası veya yapıldığı koşullar bakımından genç kişilerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek her türlü istihdam veya çalışmaya kabul için asgari yaş on sekizin altında olmamacaktır”*. Benzer bir düzenleme 182 No'lu Sözleşmeye ilişkin 1999 tarihinde verilen 190 No'lu Tavsiye Kararının m. 3/b-c hükmünde yer almıştır¹³¹. İş Kanunu'muzun 72. maddedeki düzenlemesi yukarıda verilen hüküm kapsamında ancak daha dar olacak şekilde bir belirleme yapmıştır. Söz konusu hükme göre *“Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır”*. Benzer şekilde İş Kanunu m.73 hükmü çerçevesinde, *“on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin sanayie ait işyerlerinde çalıştırılması yasaktır”*¹³².

Özetlemek gerekirse, Hukukumuzda, *“on beş yaşını doldurmamış çocukların çalışması yasaktır”*. Lakin *“on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış çocuklar ile on dört yaşını doldurmamış çocukların”* İş Kanunu'nunda belirtilen şartlara uymak koşulu ile çalıştırılmaları mümkündür¹³³. Fakat her halükârda yer altında ve su altında yapılacak işlerde her yaştan kadının ve on sekiz yaşını doldurmamış erkek çocuklarının çalışması yasaktır (İş Kanunu m.72). Ek olarak, *“sanayie ait işyerlerinde on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin çalıştırılması yasaktır”*.

Yukarıda anılan düzenlemeler genel olarak küçük yaştaki çocukların çalıştırılmasına yönelik temel koruyucu hükümlerdir. Ülkemizde henüz sosyal medya alanında çalışan hiç kimse için özel bir koruyucu düzenleme bulunmadığından, küçük yaşta aileleri tarafından çalıştırılan çocuklar için de spesifik bir koruyucu hüküm yoktur.

O halde kanun koyucunun bu konuda çalışma yapması beklenmektedir. Yapılacak yasal düzenleme ile çocuğun çalışırken farklı boyutlardan koruma altı-

131 190 No'lu Tavsiye Kararı, Kaynak: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R190,\(18.03.2023\)](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R190,(18.03.2023)).

132 Süzek, s. 328.

133 Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in Ek-1, Ek-2 ve Ek-3' te çocuk ve genç işçilerin çalıştırılabileceği işler düzenlenmiştir.

na alınması şarttır. Bu konuda yukarıda anılan Amerikan Coogan Yasası'ndaki gibi çocuğun yaptığı çalışmasından elde ettiği gelirin tam ehliyetli oluncaya kadar "finansal açıdan" özellikle ailesi ve 3. kişilere karşı koruyucu hükümlerin getirilmesi gerekir¹³⁴. Diğer bir deyişle çocukların aileleri ve sosyal medya tarafından finansal açıdan sömürülmesinin önüne geçilmelidir. Bu noktada ilginç bir şekilde reklam veren firmaların sorumluluğuna yönelik bir görüşe rastlanılmamıştır¹³⁵.

Burada ortaya çıkan sorun çocuğun elde ettiği kazancın ne kadar olduğunun belirlenmesinin güç olduğudur. Zira içeriklerin pek azı doğrudan çocuk adına açılmış sosyal medya hesaplarında olup, çocuklar ebeveynlerin bir veya birden çok hesabındaki içeriklerde de yer alabilmektedir. Bu nedenle çocuk ile ebeveyni arasındaki iş ilişkisini düzenlerken, ilgili sosyal medya platformunu da ilişkinin 3. tarafı yapmak yararlı olabilecektir¹³⁶. Öte yandan, elde edilen gelirin tespitindeki bir başka zorluk ise, içerik üretimi karşılığının bazı durumlarda para değil, kidfluencerin ürün ya da hizmetten ücretsiz yararlanması şeklinde ortaya çıkmasıdır. Nitekim bu durum, aradaki ilişkinin iş ilişkisi olması gerektiği savımızı zayıflatmaktadır.

İkinci olarak, çocukların görüntü ve seslerinin kitlelere ulaşması nedeniyle ortaya çıkan "mahremiyet kaybı"nın telafi edilmesi için tazminat içerikli düzenlemeler eklenebilir. Gerçekten film sektöründeki çocuk yıldızlara kıyasla kidfluencerlar için mahremiyet kaybına ilişkin zararlar daha fazla olmaktadır. Bu zararlar kuşkusuz sağlık sorunları şeklinde de somutlaşabilmektedir. Zira henüz öz kimliklerini oluşturma sürecini tamamlamamış olan çocuklar, sosyal medyada bulunmak suretiyle geniş kitleler tarafından kişilikleri hakkında eleştirilere hatta tacizlere maruz kalabilmektedir¹³⁷.

Korumaya ilişkin düzenleme yapılırken kanun koyucu önündeki bir başka

134 Coogan yasası bu güvenceyi, çocuğun sosyal medya içeriği oluşturmadan elde ettiği brüt kazancının %15'inin bir güvence hesabına yatırılması şeklinde sağlamaktadır. Bu yönde bkz. California Code, Family Code - FAM § 6752, b-1, <https://codes.findlaw.com/ca/family-code/fam-sect-6752/>, (13.04.2023). Reklam ya da film yıldızları için düzenlenen bu hükmü, kidfluencerlar için uygulandığında, %15 oranının düşürülebileceği zira bu tür çalışmada, çocukla birlikte içerik hazırlık sürecinde ebeveynin de sözleşmeler için pazarlık yapmak, çekimler ayarlamak vb. şekilde emek sarf ettiği görüşü bulunmaktadır (Masterson, s. 600).

135 Van der Hof, Verdoodt, Leiser s. 1.

136 İngiliz Hukuku'nda da kidfluencerin ailesi tarafından çalıştırılması durumunda, ilişki iş ilişkisi olarak nitelendirilmese de, ilgili sosyal medya şirketlerine en azından bir "özen yükümlülüğü" getirilmesi gerektiği görüşü bulunmaktadır (Nottingham, s. 10).

137 Katherine Neifeld, "More than a Minor Inconvenience: The Case for Heightened Protection for Children Appearing on Reality Television", *Hastings Communication and Entertainment Law Journal*, Cilt 32, Sayı 3, 2020, s. 453, https://repository.uclawsf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1703&context=hastings_comm_ent_law_journal (14.04.2023).

güçlük ise, çocuk ile ailesi arasında yapılan çalışmanın evde çalışma/uzaktan çalışma nitelikli bir sözleşme olacaktır. Dolayısıyla iş sağlığı ve güvenliği, denetim gibi konularda tipik iş ilişkilerine nazaran ek zorluklar ortaya çıkabilecektir. Bu zorluk özellikle çalışma sürelerinin kısıtlanmasında kendini gösterecektir.

Kanaatimizce bu konuda atılabilecek en hızlı adım, İş Kanunu m.71'de düzenlenen 14 yaş altı çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmasına yönelik esaslara sosyal medya reklam içeriği üreten çocukların da eklenmesi olacaktır. Nitekim m.71/son'da, yer alan *"faaliyetlerde çalışacak çocuklara çalışma izni verilmesi, yaş grupları ve faaliyet türlerine göre çalışma ve dinlenme süreleri ile çalışma ortamı ve şartları, ücretin ödenmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle¹³⁸ belirlenir."* hükmü gereği çıkarılacak yönetmeliğe eklemeye yapılabilir.

Sonuç

Teknolojik gelişmeler, her alanda olduğu gibi çalışma yaşamında da yeni kurumların ortaya çıkmasına yol açmakta ve her geçen gün yeni atipik çalışma ilişkileri uygulama alanı bulabilmektedir. Influencer pazarlama olarak anılan çalışma ilişkisi de sadece iş hukuku boyutuyla değil, hukukun diğer pek çok dalında yenilik getirmiştir. Ancak uygulama her ne kadar çok hızlı ilerlese de, mevzuattaki değişiklikler aynı hıza yetişememektedir. Anılan durumun tipik örneği de inceleme konusu yapmış olduğumuz ebeveynlerin çocuklarını sosyal medyada içerik oluşturmak amacıyla kullanmaları durumudur.

İncelememizde çocuğun ebeveyni tarafından içerik oluşturmada kullanılmasının iş ilişkisinde olduğu seviyede düzenli ve yoğun bir biçimde gerçekleştiği durumlarda iş hukukunun çocuk işçiyi koruyucu hükümlerinden yararlanabilmek adına kidfluenceri işçi olarak kabul etmek isabetli olacaktır. Ancak incelediğimiz çalışma olgusu her durumda bu kadar profesyonel olmadığından, ebeveyn ile çocuk arasında medeni hukuk ilkeleri dikkate alınarak belirlenmelidir.

Medeni hukuktaki düzenlemelere bakıldığında da, çocuklarla sözleşme yapmaya ilişkin kurallarda esnekliğe ihtiyaç duyulduğu belirgindir. Öte yandan reklamcılığa ilişkin kuralların içeriği oluşturandan ziyade içeriğe odaklandığı

138 "Çocuk yıldızlar için «Hollywood Yasası» yolda", <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/cocuk-yildizlar-icin-hollywood-yasasi-yolda/653374> (19.09.2023).

söylenbilir. Kidfluencerların faaliyet ürettiği sosyal medya platformlarının ise, kendi sayfalarında bulunan içerikten sorumlu olmadıkları¹³⁹ gerçeği, kidfluencerları korumada iş hukukunun çocuk işçiliğine ilişkin kurallara atıf yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

İlişkinin reklam veren tarafına da oluşturulan içerikle ilgili denetim yapma yükümlülüğü getirmek akla gelen çözüm yollarından biridir. İsviçre influencer pazarında son dönemde bahsedilen “influencer içeriğini kontrol etme sözleşmeleri” bunun somut örneği olarak verilebilir¹⁴⁰. Ancak bu noktada odaklanılması gereken tek durum, çocuğun emeğinin ekonomik anlamda sömürüsü olmamalı, kişilik hakları, kişisel verilerinin korunması, iş sağlığı güvenliği gibi hususlar da koruma kapsamına alınmalıdır. Ülkemiz bakımından bunları sağlayacak nitelikte henüz bir yasal düzenleme olmadığından, bu eksiklik giderilinceye kadar kidfluencerin oluşturduğu içerikte ortaya çıkan hak ihlallerinin ÇSGB’na ihbar edilmesi ve gerektiği durumlarda içerik oluşturma faaliyetinin durdurulması gibi bir düzenleme yapılması düşünülebilir.

139 Van der Hof, Verdoodt, Leiser, s. 20.

140 Goanta, Wildhaber, <https://ssrn.com/abstract=3592005> (15.04.2023).

KAYNAKLAR

- Akıntürk, Turgut; Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku*, 2. Cilt, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- Altar Yavuz, Oya; Yılmaz, Merve, “Dijital Reklamcılığın Kurgu Yüzleri: Sanal Influencer’lar”, Ed. Mehmet Yakın, *Dijital Reklamcılık Bize ne Anlatır?*, Urzeni, İstanbul, 2019.
- Ansgar Ohly; Olaf Sosnitza, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG*, 8. Baskı, C.H. Beck, 2023, Rn. 25.
- Badur, Emel, *Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.
- Bayuk, M. Nedim; Aslan, Mustafa, “Influencer Marketing (Hatırlı Pazarlama)”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Sayı 75, 2018, s. 173-185.
- Busche, Jan, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, 8. Baskı, C.H. Beck, 2020.
- Canöz, Kadir; Gülmez, Özge; Eroğlu, Gizem, “Pazarlamanın Yükselen Yıldızı Influencer Marketing: Influencer Takipçilerinin Satın Alma Davranışını Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma”, *S.Ü. Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2020.
- Civan, Orhan Ersun, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 75, Sayı 4, 2017, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/542423> (16.03.2023).
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nurşen; Canbolat, Talat; Özkaraca, Ercüment, *İş Hukuku Dersleri*, 35. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2022.
- Çetinkaya, Berna, “İnternet Ortamında Çocuğun Kişisel Verileri ve Mahremiyeti”, *Hukuk ve Bilişim Dergisi*, <https://www.hukukvebilisimdergisi.com/internet-ortaminda-cocugun-kisisel-verileri-ve-mahremiyeti/> (26.07.2023).
- Dannecker, Sophie, “Kurzer Ausblick nach Frankreich Französisches Parlament verabschiedet Gesetz zum Schutz von Kinder-Influencern” *NZFFam*, Beck-online, 2020.
- Doğan Yenisey, Kübra; Kabakcı, Mahmut, *Gönüllü Emeği ve İş Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.
- Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku*, Cilt 2, 16. Baskı, Filiz, İstanbul, 2015.
- Edwards, Madyson, “Children Are Making It Big (For Everyone Else): The Need For Child Labor Laws Protecting Child Influencers”, 2023, <https://ssrn.com/abstract=4351827> (09.04.2023).
- Ekmekçi, Ömer; Köme Akpulat, Ayşe; Ledün Akdeniz, Ayşe, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- Esgin, Yeşim; Eken, İhsan, “Sharenting Bağlamında Ebeveynlerin Sosyal Medya Kullanımı ve Çocukların Mahremiyet Hakları Üzerine Bir İnceleme”, https://www.researchgate.net/profile/Yesim-Esgin/publication/362126894_Sharenting_Baglaminda_Ebeveynlerin_Sosyal_Medya_Kullanimi_ve_Cocuklarin_Mahremiyet_Haklari_Uzerine_Bir_Inceleme/links/62d7dd25fdad924dcbf49d4e/Sharenting-Baglaminda-Ebeveynlerin-Sosyal-Medya-Kullanimi-ve-Cocuklarin-Mahremiyet-Haklari-Uezerine-Bir-Inceleme.pdf (20.03.2023).
- Goanta, Catalina; Wildhaber, Isabelle, “In the Business of Influence: Contractual practices and Social Media content monetisation” *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Cilt 91, Sayı 4, 2019.
- Goanta, Catalina; Wildhaber, Isabelle, “Controlling Influencer Content Through Cont-

- racts: A Qualitative Empirical Study On The Swiss Influencer Market”, *The Regulation of Social Media Influencers*, Elgar, 2020, <https://ssrn.com/abstract=3592005> (15.04.2023).
- Gümüş, Alper, *Türk Medeni Hukukunda Kayımlık*, Vedat, Ankara, 2006.
 - Güzel, Ali; Okur, Ali Rıza; Caniklioğlu, Nurşen, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
 - Hekimler, Alpay, “Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile Türk ve Alman Hukukunda Genç İşçilerin Çalıştırılmasına Yönelik Mevzuatın Temel Esasları”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt 4, Sayı 75, 2022, s. 2549-2582.
 - Herberger, Marie, “Kinderarbeit Unter Digitalen Bedingungen”, *Beck-Online*, 2021.
 - Kahramanoğlu, Ertan, *Türkiye’de Çalışan Çocuklar Sorunu ve Çözüm Yolları*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Hizmetler Yüksekokulu ve Friedrich Naumann Vakfı Yayını, Ankara, 1996.
 - Karakoç, Elif; Ünlü, T. Türkan, “Oyun mu, İş mi? YouTube Kidfluencerları Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz” *TRT Akdemi- Dijital Hayat ve Etik*, Cilt 6, Sayı 12, 2021, s. 470-493.
 - Keskin, Ayşe Dilşad, “Influencer Sözleşmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1, 2022, s. 129-147.
 - Korkusuz, Refik; Uğur, Suat, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ekin, Bursa, 2016.
 - Kökkılınç, Ayşe Gül, *Çocuk İşçinin İş İlişkisi*, Legal, İstanbul, 2023.
 - Kökkılınç Eraltuğ, Aysegül, Fırat Şimşek, Ayşe, “Çocuk ve Genç İşçinin İş İlişkisinde Veli ve Vasinin Rolü”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı 21, 2019, s. 89-118.
 - Maheshwari, Sapna, “Online and Making Thousands, at Age 4: Meet the Kidfluencers.” *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/2019/03/01/business/media/social-media-influencerskids.html> (30.03.2023).
 - Masterson, Marina, “When Play Becomes Work: Child Labor Laws In The Era Of “Kidfluencers”, *University of Pennsylvania Law Review*, Cilt 169, 2020, s. 577-607.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin; Baysal, Ulaş, *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion, Ankara, 2022, s. 496.
 - Müller-Glöge, Rudi; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 23. Baskı, C.H. Beck, 2023.
 - Narmanhoğlu, Ünal, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
 - Neifeld, Katherine, “More than a Minor Inconvenience: The Case for Heightened Protection for Children Appearing on Reality Television”, *Hastings Communication and Entertainment Law Journal*, Cilt 32, Sayı 3, 2020, https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1703&context=hastings_comm_ent_law_journal (14.04.2023).
 - Nottingham, Emma, “‘Dad! Cut that Part Out!’ Children’s Rights to Privacy in the Age of ‘Generation Tagged’: Sharenting, Digital Kidnapping and the Child Micro-Celebrity” *The Routledge International Handbook of Young Children’s Rights*, ‘Dad! Cut that Part Out!’ Children’s Rights to Privacy in the Age of ‘Generation Tagged’: Sharenting, Digital Kidnapping and the Child Micro-Celebrity’ by Emma Nottingham :: SSRN (30.03.2023).
 - Okur, Ali Rıza, “Ev Hizmetlerinde (İşlerinde) Çalışanların Sigortalılığı”, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt 7, Sayı 3, 2004, s. 1-22.

- Özdemir, Hayrunnisa; Ruhi, Ahmet Cemal, *Çocuk Hukuku (Ders Kitabı)*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- Özkaraca, Ercüment; Ünal, Canan, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1 (Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan), 2014, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/706786> (12.03.2023).
- Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Sachsen Gessaphe, Karl August, *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Baskı, C.H. Beck, 2020.
- Sözer, Ali Nazım, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2023, s. 108-110.
- Sulemain, Munirat, “Is Kidfluencing Child Labor?: How the Youngest Influencers Remain Legally Unprotected”, *Columbia Undergraduate Law Review*, 2022, <https://www.culawreview.org/journal/is-kidfluencing-child-labor-how-the-youngest-influencers-remain-legally-unprotected> (11.04.2023).
- Sümer, Haluk Hadi, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 884.
- Şeker, Arzu, “İnfluencerların Tüketici Satın Alma Tutum ve Davranışlarına Etkileri Üzerine Nitel Bir Araştırma”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi*, Cilt 22, Sayı 1, 2021, s. 19-42.
- Tuncay, Aziz Can; Ekmekçi, Ömer; Gülver, Ender, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Beta, İstanbul, 2023.
- Usta, Sevgi, *Velayet Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- Uzun, Sevde, “Velayet Hakkı Bağlamında Çocuğun Görüntüsünün Sosyal Medyada Paylaşılması ve Ortaya Çıkabilecek Hukuki Meseleler”, [http://humanistburo.org/dosyalar/humdosya/Cocugun%20Goruntusunun%20Sosyal%20Medyada%20Paylasilmasina%20Dair%20Hukuki%20Meseleler%20\(S.Uzun\).pdf](http://humanistburo.org/dosyalar/humdosya/Cocugun%20Goruntusunun%20Sosyal%20Medyada%20Paylasilmasina%20Dair%20Hukuki%20Meseleler%20(S.Uzun).pdf) (19.09.2023).
- Van der Hof, Simone, Verdoodt, Valeria, Leiser, Mark, “Child Labour and Online Protection in a World of Influencers”, *SSRN Electronic Journal*, 2019, s.1, https://www.researchgate.net/publication/336249812_Child_Labour_and_Online_Protection_in_a_World_of_Influencers (14.04.2023).
- Winckler, Charlotte B, “Kidfluencers: How The Law’s Failure To Keep Up Leaves Children Across The Country At Risk Of Labor Abuse And Financial Exploitation”, *Charleston Law Review*, Cilt 16, Sayı 2, 2022, s. 111-132.
- Wong, Julia Carrie, “‘It’s Not Play If You’re Making Money’: How Instagram And Youtube Disrupted Child Labor Laws”, <https://www.theguardian.com/media/2019/apr/24/its-not-play-if-youre-making-money-how-instagram-and-youtube-disrupted-child-labor-laws> (09.04.2023).
- Yücel, Özge, *Çocuğun Kayyum Tarafından Temsili*, Turhan, Ankara, 2011.

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

İsviçre Bankacılık Kanunu'ndaki Değişiklikler Çerçevesinde Bankaların Kripto Para Kabulü ve Mevduat Sözleşmesi ile İlişkisi*

Banks' Acceptance of Cryptocurrency within the Framework of the Amendments to the Swiss Banking Law and its Relationship with the Deposit Agreement

Meryem SOLMAZ BİLİCİ**

ÖZ

Kripto para teknolojisi gittikçe gelişmekte ve insanların ödeme veya yatırım aracı olarak kripto paraya yönelik ilgilerinin arttığı görülmektedir. Bununla birlikte kripto paranın hem teknik hem de nitelik olarak geleneksel paradan farklılıklar arz etmesi, kanun koyucuları bu konuyu düzenleme altına almaya yöneltmektedir. Bu çerçevede İsviçre Bankacılık Kanunu'nda son yıllarda değişiklikler yapılarak banka veya banka dışı finans aktörlerinin kripto para kabul edebileceği düzenlenmektedir. Ancak banka tarafından kabul edilen kripto paraların, geleneksel paranın bankaya yatırılmasıyla oluşan mevduat ilişkisini meydana getirip getiremeyeceği belirsizdir. Zira mevduat ilişkisinin söz konusu olabilmesi için “para” ve “paranın mülkiyetinin bankaya geçmesi” unsurlarının sağlanması gerekir. Banka ile müşteri arasında bu unsurları içermeyen bir saklama ilişkisinin, mevduat ilişkisi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple banka veya banka dışı finans aktörleri tarafından halktan toplanan kripto paraları mevduat olarak değil, saklama varlıkları olarak kabul etmek ve bu çerçevede bankaya emanet edilen kripto varlıklarının mevduat sigortası kapsamında olmadığını vurgulamak gerekir.

Anahtar Kelimeler: Kripto para, mevduat sözleşmesi, kanun değişikliği, İsviçre Bankacılık Kanunu, bankaların kripto para işlemleri.

ABSTRACT

Cryptocurrency technology is gradually developing and people's interest in cryptocurrency as a means of payment or investment is increasing. However, the fact that cryptocurrency differs from traditional money both technically and qualitatively

* Makale gönderim tarihi: 30.11.2023. Makale kabul tarihi: 29.12.2023. Meryem Solmaz Bilici, “İsviçre Bankacılık Kanunu'ndaki Değişiklikler Çerçevesinde Bankaların Kripto Para Kabulü ve Mevduat Sözleşmesi ile İlişkisi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2024, s.279-295, DOI: <https://DOI.org/10.46547/imuhfd.2024.11.1.9>.

** Araştırma Görevlisi, İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 0000-0001-7546-7957, meryem.bilici@ihu.edu.tr.

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

leads legislators to regulate this issue. In this framework, the Swiss Banking Act has been amended in recent years to regulate that banks or non-bank financial actors can accept cryptocurrencies. However, it is unclear whether the cryptocurrencies accepted by the bank can create the deposit relationship that occurs when traditional money is deposited in the bank. This is because the elements of “money” and “transfer of the ownership of the money to the bank” must be met in order for a deposit relationship to be in question. A custody relationship between the bank and the customer that does not contain these elements cannot be considered as a deposit relationship. For this reason, it is necessary to accept cryptocurrencies collected from the public by banks or non-bank financial actors as custodial assets, not as deposits, and to emphasise that crypto assets entrusted to the bank within this framework are not covered by deposit insurance.

Keywords: Cryptocurrency, deposit agreement, amendments in law, Swiss Banking Code, banks' cryptocurrency transactions.

Giriş

Kripto paraların ortaya çıkışı, finans sektöründe önemli bir etki oluşturmuştur. Merkeziyetsiz ve teknolojik bir sistem üzerinden kurgulanan kripto paraların kullanımının yaygınlaşması ise, yasa koyucuları bu konuda düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir. Gerçekten de çok sayıda insanın kripto varlıkları para olarak kullandığı ve bunlara yönelik ilginin giderek arttığı görülmektedir. Kripto para teknolojisinin yeniliği ve içerdiği riskler dolayısıyla pek çok ülkede yasa koyucu ve ilgili idari otoriteler çekimser kalırken bazı ülkelerde kripto para kullanımını teşvik edici düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir.¹

Kripto paranın yaygınlaşması ve kullanımı, bazı hukuki meseleleri gündeme getirmektedir. Bunlardan bir tanesi de kripto para ile geleneksel bankacılık sistemi ve banka sözleşmeleri arasındaki ilişkidir. Klasik finans sisteminin omurga kemiğini oluşturan bankacılık sektörü, yaygınlaşan kripto para sistemine kendisini adapte etmeye çalışmaktadır. Zira kripto paraların mantığı aracısız bir finans yaratmak olsa da kripto paraların toplumda çok ciddi bir karşılık bulması bankaları bu konuda harekete geçirmiş ve bankalarda kripto para birimlerini bir varlık sınıfı olarak değerlendirme konusunda ciddi bir ilgi yaratmıştır.² Bu makalede, kısaca kripto para teknolojisinden bahsedilecek, akabin-

1 Fatih Kaplanhan, “Kripto Paranın Türk Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi: Bitcoin Örneği”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 353, Şubat 2018, s. 106; Olcay Turan, “Kripto Paranın Hukuki Düzenlemesi”, *16th International Conference on Knowledge, Economy and Management Proceedings*, <https://openaccess.izu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12436/4495/56-69%20Olcay%20Turan.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 26.11.2023), s. 41.

2 Kern Alexander, *Principles of Banking Regulation*, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2019, s. 338.

de kripto paranın hukuki niteliği irdelenecektir. Daha sonra İsviçre Bankacılık Kanunu'nda son yıllarda kripto varlıklara ilişkin yapılan kanun değişiklikleri çerçevesinde bankaların kripto para toplaması ve bunun mevduat ilişkisine vücut verip vermeyeceği problemi incelenecektir.

I. Kripto Para Teknolojisi ve Hukuki Niteliği

A. Kripto Para Tanımı

Kripto varlıklar, ilk olarak Bitcoin'in arkasındaki teknoloji olarak ortaya çıkan blok zinciri (*blockchain*) teknolojisine dayanmaktadır. Blok zinciri, veri tabanına benzer şekilde dijital, kronolojik olarak yapılandırılmış, merkezi olmayan, dağıtılmış ve sahteciliğe karşı dayanıklı bir kayıttır.³ Kripto para ise, araçlara ihtiyaç duymadan kullanıcılar arasında doğrudan işlem yapılmasını sağlayan, blockchain adı verilen halka açık dağıtılmış bir deftere kaydedilerek işlem gören, eşler arası bir dijital varlık ve ödeme sistemidir.⁴ Böylece kullanıcılar arasında herhangi bir aracıya ihtiyaç olmadan transfer yapılabilmesi mümkün hale gelir ve bu defterler blok zinciri olarak isimlendirilen ve merkezi olmayan dağıtık bir kayıt ve mutabakat sistemine kaydedilir.⁵ Bu yönüyle kripto paralarca kullanılan blok zincir teknolojisi, aslında finansal hizmetler sağlayan banka gibi kuruluşların, TL veya Euro gibi resmi para birimleri üzerinden yapılan işlemleri kaydettikleri elektronik veri tabanlarına benzetilebilir.⁶ Ancak farklı olarak blok zincirde oluşturulan bir bloğa sonradan müdahale etmek ve geçmişe dönük olarak silebilmek mümkün değildir.⁷

Türk hukuku açısından kripto para kavramı “Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik”de (Yönetmelik)⁸ tanımlanmıştır. Yönetmelik md. 3'e göre; “*kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen*

3 Philipp Maume, Lena Maute, Mathias Fromberger, *The Law of Crypto Assets*, C.H. Beck, München, 2022, s. 3.

4 Luigi Wewege, Michael C. Thomsett, *The Digital Banking Revolution: How Fintech Companies Are Transforming the Retail Banking Industry Through Disruptive Financial Innovation*, 3. Bası, Walter de Gruyter Inc, Berlin, 2020, s. 43; Rainer Alt, Stefan Huch, *Fintech Dictionary: Terminology for the Digitalized Financial World*, Springer Gabler, Wiesbaden, 2022, s. 53-54.

5 Kaplanhan, s. 106.

6 Kaplanhan, s. 107.

7 Tuğçe Akdemir Altunbaşak, “Blok Zincir (Blockchain) Teknolojisi ile Vergilendirme”, *Maliye Dergisi*, Sayı 174, 2018, s. 362.

8 16.04.2021 tarih ve 31456 sayılı Resmi Gazete.

gayri maddi varlıkları ifade eder.” Bu tanım ile kripto paranın, “para” işlevi gören fiziki veya sanal birimlerin arasında olmadığı vurgulanmıştır.

Kripto paralar, transfer edilebilen ve hem işlem güvenliğini sağlama hem de yeni para oluşturma sürecinde kriptografi kullanılan bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde kripto paralar gerçek mal ve hizmet alımında kullanılmakta olup banka hesabında tutulmasına gerek yoktur.⁹

Kripto para biriminin başlangıç noktası, dijital varlıklara dayalı olarak bireyler arasındaki ticaretin gelişmesi, bankalar veya merkez bankaları gibi araçların ortadan kaldırılmasıdır.¹⁰ Nitekim dijital para birimleri ile geleneksel para birimleri arasındaki temel fark, küresel bir işbirliği yaratılarak merkez bankaları ve ticari bankalar dâhil araçlara olan ihtiyacın ortadan kaldırılmasında yatmaktadır.¹¹ Gerçekten de kripto para birimleri arasındaki teknik farklılıklara rağmen hepsinin temelde öngördüğü, merkezi olmayan ve aracısız bir sistemdir. Bu nedenle *PayPal* tarzı ödeme sistemlerinden farklı olarak aracı veya merkezi bir otoriteye ihtiyaç yoktur.¹² Bu durum, özellikle ekonomik kriz veya siyasi problemler dolayısıyla para transferine yönelik limitlerin uygulandığı ülkelerde, herhangi bir aracıya ihtiyaç duyulmadığı için sınırlama olmaksızın ekonomik varlık transferini kolaylaştırmakta ve kripto paraya olan ilgiyi artırmaktadır.¹³

Şu anda kullanımda olan *Bitcoin* ve *Ethereum* gibi muhtelif kripto para birimleri bulunmaktadır. Bir diğer ifadeyle blok zinciri teknolojisini kullanan, ancak pek çok teknik ve algoritmik farklılıklar içeren kripto paralar mevcuttur. Zira blok zinciri, kurumsal ve sosyal bir teknolojidir. *Bitcoin* veya *Ethereum* gibi kripto para birimleri ise bu teknolojinin kullanım şekillerinden sadece bazılarıdır.¹⁴

B. Kripto Para Transferi ve İşleyiş

Kripto para kullanımı, fiziksel bir varlığı olmayan ve aslında kodlardan oluşan varlıkların eşler arasında transferine dayanmaktadır. Bunun için göndericinin ve alıcının kripto para kabulünü yapabileceği sanal cüzdanı olması gerekir. Söz gelimi kripto para aracılığıyla bir ürün ve hizmet satın almak isteyen

9 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Kripto Para Araştırma Raporu, Ankara, 2020, <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/arastirma-raporlari/kripto-para-raporu-5f11dfe709c25.pdf> (Erişim Tarihi: 26.11.2023), s. 5.

10 Alexander, s. 337.

11 Andreas Kokkinis ve Andrea Miglionico, *Banking Law: Private Transactions and Regulatory Frameworks*, Routledge, 2021, s. 257.

12 Maume, Maute, Fromberger, s. 60.

13 Kaplanhan, s. 110.

14 Kaplanhan, s. 107.

kişi, kendi sanal cüzdanından satıcının sanal cüzdanına transfer emri vermek suretiyle ödemeyi gerçekleştirmektedir. Bu transfer işlemi, blok zinciri yazılımı üzerinde madenciler (*miners*) tarafından onaylanarak blok zincirine dâhil edilmekte ve söz konusu kripto para birimine kayıtlı tüm kullanıcı bilgisayarlarına işlenmektedir.¹⁵

Sanal cüzdanlar arasında işlem yapılabilmesi için kullanıcıların kişisel bilgilerinin kullanılması gerekmez.¹⁶ Blok zinciri üzerinde işlem yapabilmek için iki bilgiye ihtiyaç vardır: genel anahtar (*public key*) ve özel anahtar (*private key*). Genel anahtar, herkesin görebileceği kod olup banka hesap numarasına teka-bül eder. Özel anahtar ise sadece kripto varlığın sahibine ait olan ve başkaları tarafından bilinmeyen ve işlemin güvenliğini sağlayan koddur. Uygulamada özel anahtar, çevrimiçi bankacılık uygulamalarındaki şifreye benzetilmektedir. Özel anahtara sahip olan kişi bu kod üzerinden genel anahtara ulaşabilir, ancak bunun aksi mümkün değildir.¹⁷

Görüldüğü üzere blok zinciri teknolojisinde bir yandan yapılan her işlem madenciler tarafından onaylanmakta ve dağınık bir şekilde tüm kullanıcı bilgisayarlarına kaydedilmekte iken, diğer yandan da kişisel bilgiler verilmeden sadece kodlar üzerinden işlem yapılmak suretiyle gizlilik sağlanmaktadır. Bir diğer ifadeyle işlem esnasında kişisel bilgiler kullanılmadığı ve sadece kodlar ve rakamlar üzerinden transferler gerçekleştirildiği için aslında işlemin kim tarafından yapıldığı bilinmemektedir.¹⁸

C. Ekonomik İşlevine Göre Kripto Paraların Tasnifi

Uluslararası anlamda kripto varlıklara ilişkin genel kabul görmüş bir sınıflandırma mevcut değildir. Genel olarak kripto paraların, ödeme, tahsilat ve yatırım aracı olarak veya hibrit şekilde kullanıldığı görülmektedir.¹⁹ Buna paralel olarak İsviçre Finansal Piyasa Denetleme Otoritesi (Finma) tarafından kripto varlığın ekonomik işlevine göre bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre kripto varlıklar; ödeme jetonları (*payment token*), fayda jetonları (*utility token*) ve varlık jetonları (*asset token*) şeklinde karşımıza çıkar. Ödeme jetonu, mal veya hizmet satın almak için ödeme aracı veya para yahut değer transferi aracı olarak şimdi veya gelecekte kullanılması amaçlanan jetonlardır. Fayda jetonları, blok zinciri tabanlı bir altyapı aracılığıyla bir uygulamaya veya hizmete dijital olarak erişim sağlamayı amaçlayan jetonlardır. Varlık jetonları ise, gelecekteki

15 Kaplanhan, s. 109.

16 Kaplanhan, s. 109.

17 Maume, Maute, Fromberger, s. 7.

18 Kaplanhan, s. 109.

19 Kaplanhan, s. 106.

şirket kazançlarından veya gelecekteki sermaye akışlarından bir pay vaat edilmesi gibi jeton ihraççısı üzerindeki borç veya öz sermaye talebi gibi varlıkları temsil eder. Dolayısıyla ekonomik işlevleri açısından bu jetonlar hisse senetlerine, tahvillere veya türevlerine benzetilebilir.²⁰

Yukarıdaki sınıflandırmanın sınırları kesin değildir. Bir diğer ifadeyle bir kripto varlık aynı anda birden fazla jeton türünün kapsamına girebilir. Söz gelimi bir jeton ödeme aracı olarak kullanılabilmesi gibi aynı zamanda bir menkul kıymet teşkil edebilir. Bu tarz varlıklar, hibrit jeton olarak isimlendirilir.²¹

D. Kripto Paranın Hukuki Niteliği Problemi

Kripto paranın hukuki niteliği en çok tartışılan problemlerdendir. Zira kripto paralar, bilinen resmi para birimi uygulamasından daha farklıdır. Bankacılık sisteminde yer alan geleneksel paralar merkezi bir yapı tarafından kontrol edilirken, kripto paralar merkez bankaları veya hükümetler aracılığıyla üretilemezler, malikinin izni olmadan el konulamazlar. Kripto paranın miktarı, zamanlaması gibi hususlar, kripto-sistemin kuruluş aşamasında belirlenir.²² Bu sebeple kripto paranın “para” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, para olmadığının kabul edilmesi halinde ise ne şekilde değerlendirileceği sorunu gündeme gelmektedir.

Paranın geçerliliği, para biriminin ilgili ülkenin hukuk düzeni tarafından kabul edilmiş olmasına bağlıdır.²³ Türk hukukundaki mevcut düzenlemeler ışığında ise kripto paralar, para niteliğine sahip değildir.²⁴ Nitekim ilk olarak 2013 yılında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) tarafından *Bitcoin*'e ilişkin yapılan açıklamada dijital/kripto para olarak *Bitcoin* ve türevlerinin, 6493 sayılı “Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun”²⁵ kapsamına girmediği ve elektronik para olarak kabul edilemeyecekleri vurgulanmış, kripto paraların emtia olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁶

20 Finma, Guidelines for Enquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings (ICOs), 16.02.2018, <https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumententcenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitung-ico.pdf> (Erişim Tarihi: 26.11.2023), s. 3.

21 Finma, s. 3.

22 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, s. 8.

23 Anu Arora, *Banking Law*, Pearson Education Limited, Edinburgh, 2014, s. 6.

24 Umut Gün, *Blockchain (Blokzinciri) Teknolojisinin Bankacılık ve Finans Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 71.

25 27.06.2013 tarih ve 28690 sayılı Resmi Gazete.

26 Kaplanhan, s. 116. Benzer şekilde 2019'da Birleşik Krallık Yargı Görev Gücü (Jurisdiction Taskforce) tarafından yayınlanan hukuki değerlendirmede, kripto varlıkların mülkiyete konu oldukları ve soyutluk, merkeziyetsizlik ve kriptografik kimlik doğrulama gibi yeni veya ayırt edici özelliklere sahip olmalarının, bunların mülkiyet hakkı olma özelliğini ortadan kaldırma-

Daha sonra Merkez Bankası tarafından yayınlanan “Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik” hükümleri ile açıkça kripto varlıkların para veya bir ödeme aracı olmadığı düzenleme altına alınmıştır. Yönetmelik md. 3/2’ye göre; “*kripto varlıklar, ödemelerde doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılamaz.*” Yine Yönetmelik md. 3/3’e göre; “*kripto varlıkların ödemelerde doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılmasına yönelik hizmet sunulamaz.*” Buna göre kripto varlık olarak kabul edilen değerlerin doğrudan veya dolaylı olarak ödeme aracı olarak kullanılması mümkün olmayıp bankalar veya ödeme hizmeti sağlayıcıları bu amaca yönelik hizmet sunamaz. Yine Yönetmelik’e göre ödeme kuruluşu olarak faaliyet gösteren bankaların kripto para platformlarına veya bu platformlardan yapılacak fon transferlerine aracılık etmesi yasaklanmaktadır (md. 4).

Kripto varlıkların hukuken bir para ve ödeme aracı olarak görülmesi halihazırda mümkün olmasa da bir değişim aracı olarak kullanılmasının mümkün olduğunu belirtenler bulunmaktadır.²⁷ Söz gelimi sözleşme serbestisi çerçevesinde bir mal veya hizmet karşılığında para yerine başka bir edim ile ifada (trampa) bulunabilmesi mümkün ise, kripto paraya dayalı bir sözleşmesel ilişkinin kurulmasının mümkün olduğu savunulmaktadır.²⁸ Ancak Yönetmelik hükümlerinde kripto paranın “dolaylı ödemelerde” de kullanılamayacağını düzenlenmesi, trampa veya başka bir sözleşme türü altında kripto paranın “dolaylı” bir şekilde dahi olsa ödeme aracı olarak değerlendirilmesi riskini ortaya çıkarmakta ve Yönetmelik hükümlerine aykırılık söz konusu olabilmektedir.²⁹ Öte yandan Yönetmelik hükümleri, para karşılığında veya bankadaki mevduatlar ile kripto para işlemleri ve transferi yapılabilmesini engellemektedir.³⁰

II. Kripto Para ve Mevduat İlişkisi

Yukarıda kısaca izah edildiği üzere kripto paranın hukuki niteliği tartışmalıdır. Her ne kadar para olarak ifade edilse de hukuki anlamda kripto parayı resmi para birimi olarak kabul edenlerin sayısı oldukça azdır. Bununla birlikte bu teknoloji kullanımının yaygınlaşması ve finans sektöründeki hacminin art-

dığı kanaatine varılmıştır. Bkz. Neasa Coen, “Cryptocurrency For Charities – Risk Or Opportunity?”, <https://www.ifcreview.com/articles/2021/july/cryptocurrency-for-charities-risk-or-opportunity/> (Erişim Tarihi: 16.05.2023)

27 Gün, s. 95. Türk hukuku açısından mevcut kabul bu olmakla birlikte mukayeseli hukukta kripto paraların artık bir ödeme aracı olarak görülmesi gerektiğine ve aksi yöndeki görüşlerin isabetli olmadığına ilişkin bkz. Maume, Maute, Fromberger, s. 58.

28 Gün, s. 92.

29 Çalışmanın sınırlarını aşacak olması dolayısıyla burada tartışılmayacak olsa da kripto paraların doğrudan veya dolaylı bir ödeme aracı olarak kullanılmayacağını Yönetmelik ile düzenlenmesinin mevzuat sistematığı ve normlar hiyerarşisi düşüncesi çerçevesinde uygunluğunun tartışmaya açık olduğu belirtilmelidir.

30 Gün, s. 96.

ması bankaları bu alanda çalışmaya sevk etmektedir. Öte yandan kripto paraların hem bir ödeme aracı hem de bir yatırım aracı gibi kullanılması; saklama, ödeme ve faiz getirisi üzerinden yatırım amacı taşıyan mevduat ilişkisiyle kripto paraların kesişmesine sebebiyet vermektedir. Tam bu noktada, bankaların kripto parayı kabul etme ihtimalleri ve bu durumda kripto para kabulünün bir mevduat ilişkisine vücut verip vermeyeceği önem arz etmektedir.

A. Mevduat Sözleşmesi ve Sözleşmenin Temel Unsuru Olarak Para

Mevduat toplama, bankaları diğer finansal kuruluşlardan ayıran bir yetki olup, bankaların tekel hakkına sahip olduğu bir işlemdir. Yani kredi ve yatırım aracı olarak halktan para (mevduat) toplama hakkı yalnızca faaliyet ruhsatı olan bankalara aittir.³¹ Bu nedenle en temel bankacılık faaliyeti olan mevduat sözleşmesi, banka nezdinde hesap açılması ve belirli bir miktardaki paranın vadeli mevduat veya vadesiz mevduat şeklinde bankaya verilmesi ve bu paranın talep üzerine veya vade sonunda çekilmesi anlamına gelmektedir. Ancak gelişen teknoloji ve finansman ihtiyacı, banka ile müşteri arasındaki mevduat ilişkisini sadece para verme ve çekmenin çok ötesine taşımıştır.³²

Mevduat sözleşmesinin konusu paradır.³³ Bir diğer deyişle mevduat ilişkisinin kurulabilmesi için müşterinin bankaya para yatırması gerekmektedir. Farklı para birimleri üzerinden mevduat sözleşmesi yapılması mümkün olmakla birlikte tarafların aynı birim üzerinde anlaşmış olmaları aranır.³⁴ Söz gelimi yabancı bir ülke parası hatta altın yatırılması da mevduat ilişkisine vücut verir.³⁵ Buna paralel olarak TL cinsinden yapılan mevduat sözleşmesine istinaden döviz cinsinden ödeme talep edilmesi mümkün değildir. Ancak bankanın hesaptaki mevduatı örneğin Euro cinsinden satın alması ve müşteriye Euro cinsinden ödeme yapması mümkündür.

Ayrıca tarafların üzerinde mutabakata vardığı para biriminin dolaşımında bir birim olması gerekir.³⁶ Ancak paranın nakit olması zorunlu olmayıp yatırılan

31 Ahmet Battal, *Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu*. Ankara, 2001, s. 39; Mustafa Çeker, *Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı*, Karahan Kitabevi, Adana, 2004, s. 73; Herman Staub, *Handelgesetzbuch Grosskommentar*, 3. Bası, Cilt 3, Walter de Gruyter, Berlin, 1981, s. 1285.

32 Wolfgang Wiegand, "Legal Aspects of the Bank-Customer Relationship in Electronic Banking", Ed. Norbert Horn, *Legal Issues in Electronic Banking*, Cilt 17, Kluwer Law International, Netherlands, 2002, s. 165; Arora, s. 7. *Alexander*'a göre, internet teknolojisinin gelişmesi geleneksel bankacılık uygulamalarının büyük ölçüde kullanılmamasına neden olmuş ve geleneksel bankacılığın geleceğini tehdit etmeye başlamıştır. *Alexander*, s. 26.

33 Hans-Peter Schwintowski, *Bankrecht*, 5. Bası, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2018, s. 262.

34 Çeker, s. 21.

35 Çeker, s. 6.

36 Çeker, s. 21.

para kaydı para veya elektronik para da olabilir.³⁷ Bu durumda para olarak kabul edilmesi ve yukarıda yapılan tasnife göre para özelliklerini taşıması halinde, özellikle halihazırda yaygın bir ödeme aracı olarak kullanılan ve devlet para birimleriyle kolayca değiştirilebilen Bitcoin ve sair kripto paralar, yukarıda belirtilen şartların yerine getirilmesi koşuluyla mevduat tanımı kapsamına girebilir.³⁸ Zira mevduatın belirli bir para birimi olmasından ziyade devlet tarafından kabul edilen bir para birimine doğrudan çevrilebilir olması ve talep/vade üzerine banka tarafından mevduat sahibine veya üçüncü kişiye ödenebilir olması aslında bir birimin mevduat olarak kabulü için yeterlidir.³⁹

Öte yandan mevduat sözleşmesinin bir diğer unsuru bankaya yatırılan paranın mülkiyetinin teslim anında bankaya geçmesidir. Müşterinin, mevduatı banka şubesine veya ATM cihazına yatırması yahut çevrimiçi bankacılık uygulamaları aracılığıyla buna ilişkin bir işlem gerçekleştirmesi durumunda, mevduat bankanın mülkiyetine geçer.⁴⁰ Yani banka, istendiğinde veya vadesi geldiğinde iade etmek şartıyla mevduat olarak yatırılan paranın maliki haline gelir. Buna karşılık mevduat sahibi, yatırılan mevduat tutarında bankaya karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkı elde eder.⁴¹ Bu alacak hakkı, paranın “aynen” değil, “mislen” talep edilmesine imkân verir.⁴²

Benzer şekilde, değer biriminin banka bilgisayarında elektronik para olarak depolanması veya hesaba kaydı para olarak kaydedilmesi yoluyla da paranın mülkiyeti bankaya aktarılır.⁴³ Banka, iade edilmesi gereken tarihte mevduat sahibine mevduatı iade etmek koşuluyla, söz konusu parayı dilediği gibi kullanma imkânına sahiptir.⁴⁴

37 Oruç Hami Şener, *Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 15.

38 Lucien Monnerat, *Krypto-Banken: Eine Übersicht der Lizenzpflichten nach dem Bankengesetz bei Entgegennahme von Kryptozahlungsmitteln für Kundenkonti mit besonderer Beurteilung der FinTech-Bewilligung nach Art. 1b BankG*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2022, s. 25.

39 Monnerat, s. 25.

40 Çeker, s. 22; Uğur Kara, *İnternet Bankacılığında Bankaların Özen Yükümlülüğü*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 89.

41 Franco Taisch, *Finanzmarktrecht*, 2. Bası, Schultess Juristische Medien AG, Zürich, 2010, s. 141. İngiliz hukukunda da mevduatın bankaya verilmesiyle mülkiyetin bankaya geçtiği, buna karşın mevduat sahibinin yatırılan miktarda bir alacak hakkının doğduğuna ilişkin bkz. Arora, s. 35; Philipp Bagus; David Howden, “Consumer Rights and Bank Contracts”, *Journal of Banking Regulation*, Sayı 24, 2023, s. 110.

42 Çeker, s. 8.

43 Şener, s. 18.

44 Kokkinis; Miglionico, s. 124; Şener, s. 78; Arora, s. 35. Nitekim paranın bankaya yatırılmasıyla birlikte mevduat üzerindeki risk ve menfaatin bankaya geçeceğine ilişkin bkz. Taisch, s. 141.

B. Kripto Paranın Mevduat Sözleşmesine Konu Olamaması

Kripto paradaki mülkiyet ilişkisi, klasik paradan/mevduattan farklıdır. Zira kripto para bir borç değil, değer taşıyıcıdır. Oysa banka hesabındaki mevduat, bankanın mülkiyetinde bulunan ve buna karşılık mevduat sahibine alacak hakkını talep imkânı veren bir tür borç senedir. Bir diğer ifadeyle mevduat hesabı, bankanın müşterisine olan borcunu temsil ediyorken kripto para bir borcu temsil etmez ve bankaya kripto para üzerinde tasarruf imkânı vermez.⁴⁵ Buna paralel olarak kripto paradaki mülkiyet ilişkisi, mevduatın mülkiyet hakkının bankaya geçme şartını sağlamaz.

Bankalara kripto para depo etmeyi mevduat ilişkisi olarak değerlendirmenin bankacılık sistemi açısından da riskleri bulunmaktadır. Söz gelimi kimlik bilgileri vermeye ve merkezi bir aracıya ihtiyaç olmaması dolayısıyla kripto paraların hukuka aykırı işlemlerde kullanılma riski yüksektir.⁴⁶ Doğal olarak kara para aklama gibi konularda dikkat ve özen yükümlülüğü olan, hatta şüphe durumunda ilgili mercilere bildirim yükümlülüğü altında bulunan bankaların kripto para konusunda mevduattan doğan bu yükümlülükleri yerine getirebilmesi, en azından şu an için mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple mevcut durum itibarıyla bankaların dijital ve kripto varlık saklama hizmetleri sunmakla birlikte kripto parayı yatırım ve faiz aracı olarak kullanması ve buna dayalı bir mevduat ilişkisinin doğması teknik zorlukların yanı sıra pek çok risk de içermektedir.

Sonuç olarak kripto paranın bankaya depo edilmesini bir mevduat ilişkisi olarak değerlendirmek mümkün olmaz.⁴⁷ Banka ile müşteri arasında yapılan ve paranın mülkiyetinin bankaya geçmediği işlemler, mevduat sözleşmesine sağlanan koruma ve imkânlardan faydalanamaz.⁴⁸ Nitekim aşağıda inceleneceği üzere İsviçre Bankacılık Kanunu'nda yapılan düzenlemelerin de bu doğrultuda olduğunu söylemek mümkündür.

Her ne kadar ileride kripto para teknolojisinin gelişmesiyle birlikte değişmesi beklense de,⁴⁹ BDDK'nın 2013/32 sayılı basın açıklaması ve Merkez Bankası düzenlemeleri kripto paralara ilişkin mesafeli bir tutum sergilendiğini göstermektedir. Ancak bankaların, mevduat sözleşmesi kapsamında bir talimat olarak mevduat sahiplerinin hesaplarından kripto para platformuna para

45 Kaplanhan, s. 112.

46 Maume, Maute, Fromberger, s. 57.

47 Matteo Solinos, "Trustless' Distributed Ledgers and Custodial Services", Ed. Iris H-Y Chiu ve Gudula Deipenbrock, *Financial Technology and Law*, Routledge, 2021, s. 418.

48 Yargıtay 11. HD, E. 1989/6762, K. 1989/1202, T. 28.02.1989: Aktaran: Şener, s. 18.

49 Gün, s. 120.

aktarabilmesi ve ilgili platformlar üzerinden kripto varlıkların satın alınmasına aracılık etmesi mümkündür.

III. İsviçre Bankacılık Kanunu'ndaki Güncel Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Son yıllarda finansal teknoloji alanında yaşanan gelişmeler ve kripto para kullanımının yaygınlaşması dolayısıyla İsviçre'de buna ilişkin kanun düzenlemeleri yapılmaktadır. Örneğin İsviçre'de bankacılık lisansı almak için gereken şartların zorluğuna karşın, fintek şirketlerine özel olarak daha esnek ve daha kolay bir lisans türü düzenlenerek finteklere, belirlenen sınırlar çerçevesinde finansal hizmet sunma ve halktan para toplama imkânı tanınmaktadır. Buna paralel olarak kripto para birimlerinin bankacılık sistemine entegre edilmesi hedeflenmektedir. Bu sayede bir yandan kripto para teknolojisinin gelişimi teşvik edilirken diğer yandan bu alanın tamamen kontrolden çıkmasının önüne geçilmektedir.⁵⁰

İsviçre Bankacılık Kanunu'na eklenen 1b maddesine göre fintek lisansı, yatırım yapılmaması ve faiz ödenmemesi koşuluyla, kurumların 100 milyon İsviçre Frangı'na kadar kamu mevduatı veya kripto tabanlı varlıkları kabul etmesine izin vermektedir.⁵¹ Gerçekten de 1 Ocak 2019 tarihinde yürürlüğe bu düzenleme ile finans sektöründe aktif olup 100 milyon İsviçre Frangı'na kadar mevduat kabul eden veya Federal Konsey tarafından belirlenen kripto bazlı varlıkları ticari olarak kabul eden veya bu faaliyetleri gerçekleştireceklerine dair ilan ve reklam veren kişilerin İsviçre Bankacılık Kanunu hükümlerine tabi olduğu belirtilmektedir.⁵² Burada banka olmadığı halde belirli sınırlar dâhilinde finansal faaliyet yürüten ve kripto bazlı varlıkları kabul edenlerin de bankacılık kanunu düzenlemelerine tabi olduğu görülmektedir.

Düzenlemeye göre, fintek şirketleri halktan 100 milyon İsviçre Frangı'nı aşan oranda mevduat kabul etmedikleri sürece (mevduat kabul ettiklerini kamuya açık bir şekilde gösterebilirler) bankacılık lisansına ihtiyaç duymayacaklardır. Ancak bu lisansın bankacılık lisansından daha dar kapsamlı olması dolayısıyla halktan toplanan paranın yatırım için kullanılmaması ve toplanan paraya faiz verilmemesi gerekmektedir. Nitekim İsviçre Bankacılık Kanunu'nun 1b maddesinin devamında, bu çerçevede toplanan kamu mevduatlarına veya kripto

⁵⁰ Monnerat, s. 35.

⁵¹ İsviçre'de fintek lisansı, Finma tarafından verilmektedir. Fintek lisans başvurusuna ilişkin prensipler ve Finma tarafından yayınlanan başvuru rehberi için bkz. <https://www.finma.ch/en/authorisation/fintech/fintech-bewilligung/> (Erişim Tarihi: 27.11.2023).

⁵² Kanunun güncel hali için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/51/117_121_129/de (Erişim Tarihi: 27.11.2023).

varlıklara dayalı yatırım yapmama ve faiz vermeme şartı düzenlenmektedir. Zira mevduat toplayıp bunu kredi olarak kişilere kullandırma yetkisi bankaların tekelinde olan ve bankacılık lisansı gerektiren bir faaliyet olduğu için fintek şirketlerinin itibari veya kripto para birimi ile yatırım işi yapmasına izin verilmez.⁵³ Bu koşullar yerine getirildiği takdirde, bankacılık lisansı gerekmeden kripto para faaliyetinde bulunulması mümkündür.⁵⁴

Kanunda öngörülen parasal sınırın aşılması halinde fintek lisansının varlığı yeterli olmayıp bankacılık lisansı alınması gerekir.⁵⁵ Bununla birlikte müşteriler için yeterli güvence sağlanması halinde Finma tarafından bu miktarın üzerine çıkılmasına izin verilebilmektedir.⁵⁶ Bu nedenle, kripto para konusunda uzmanlaşmış şirketler için, örneğin ya İsviçre Bankacılık Kanunu madde 5 uyarınca kripto para birimlerinin satın alınmasına yönelik itibari paranın kabulü için takas hesapları oluşturmak ya da fonları bir banka garantisi ile güvence altına almak mümkündür.⁵⁷

Benzer şekilde Kanun'un 1b düzenlemesi kapsamına giren şirketlerin, toplanan mevduatları ticari veya endüstriyel bir ana faaliyetin finansmanında kullanacaklarını belgelemeleri durumunda yatırıma dönüştürebilmeleri ve faiz uygulayabilmeleri mümkündür. Söz gelimi belgelenmesi şartıyla ticari bir işi finanse etmek için kripto para ticareti yapılması durumunda bu sınırlamalar uygulama bulmaz.⁵⁸

Yukarıda incelenen düzenlemeler belirli şartlar dâhilinde (faiz işletilmemesi, yatırım için kullanılmaması ve kural olarak parasal sınırı aşmaması) banka dışında kişilerin kripto para faaliyetleri kapsamında bulunabileceğini ortaya koymaktadır. Bu faaliyet, İsviçre Bankacılık Kanunu'na tabi olsa da mevzuat çerçevesinde mevduat kabulü olarak değerlendirilmemektedir.⁵⁹ Nitekim bu düzenleme çerçevesinde kripto para alanında faaliyette bulunan kişi, mevcut

53 Monnerat, s. 36.

54 Eric Stupp, Peter Ch. Hsu, "Switzerland", *The International Comparative Legal Guide to Fintech 2017*, Global Legal Group, Mayıs 2017, s. 174.

55 Valerio Lemma, *FinTech Regulation Exploring New Challenges of the Capital Markets Union*, Palgrave Macmillan, İsviçre, 2020, s. 199.

56 Stupp, Hsu, s. 173.

57 Monnerat, s. 36.

58 Lemma, s. 230.

59 İsviçre'de Dohrnii Vakfı kurucusu tarafından DHN adıyla üretilen kripto para karşılığında 1,5 Milyon İsviçre Frangı toplanması üzerine Finma tarafından söz konusu vakfın faaliyetleri durdurulmuş, yapılan inceleme sonucunda bankacılık faaliyet izni olmaksızın kripto para karşılığında para toplanmasının hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Uyuşmazlığa ve Finma'nın kararına ilişkin basın açıklaması için bkz. Finma, Press release: Finma concludes proceedings against crypto platform and its founder, 17.05.2023, <https://www.finma.ch/en/news/2023/05/20230517-mm-dohrnii-stiftung/> (Erişim Tarihi: 30.11.2023).

finansal işlemin kamu denetimi ve mevduat sigortası kapsamı dışında olduğu hususunda mevduat sahibini (yatırımcıyı) önceden aydınlatmalı ve bilgilendirmelidir.⁶⁰ Zira 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 1b maddesinin devamına eklenen düzenlemeye göre, imtiyazlı mevduatlara (md. 37a) ve anında ödemelere (md. 37b) ilişkin hükümler, 1. paragraf uyarınca toplanan kamu mevduatları veya kripto bazlı varlıklar için geçerli değildir. Para yatırma işlemi yapılmadan önce müşterilerin bu durum hakkında bilgilendirilmesi gerekir.

Yukarıda incelenen 1b maddesi, banka veya banka dışı finansal aktörlerce yürütülen kripto para faaliyetlerine yönelik genel bir lisans düzenlemesi içermektedir. Öte yandan İsviçre Bankacılık Kanunu'nda yapılan bir diğer değişiklik, doğrudan bankaların kripto para kabulüne ilişkindir. İsviçre Bankacılık Kanunu md. 16'ya ekleme yapılarak müşteriye bireysel olarak atanabilme veya müşterinin payı açık ve belirli olmak kaydıyla bir topluluğa tahsis edilme şartlarını sağlaması koşuluyla bankanın her zaman mevduat müşterisinin kullanımına sunmayı taahhüt ettiği kripto bazlı varlıklar, İsviçre Bankacılık Kanunu md. 37d anlamında mevduat varlığı (*Depotwerte*) sayılmaktadır. Bu madde 1 Ağustos 2023 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Bu maddede geçen “her zaman hazır bulundurmak”, borçlunun varlıklar üzerinde her zaman kesintisiz tasarruf yetkisine sahip olmasını gerektirir; bu nedenle, yükümlülüğün kripto birimlerini kendi emanetinde tutmakla sınırlı olması veya bir emanet işlemine benzer şekilde, makul bir süre içinde kendi emanetinin tesis edilebilmesi yeterlidir. Buna göre müşteri, özellikle de özel anahtarı (*private key*) elinde tutmaya devam ettiği için protokolde yer alan kitleme süreleri boyunca saklanan varlıklar üzerinde tasarruf yetkisini elinde tutmaktadır.⁶¹

Bankalarca kripto para kabulü ve saklanması, para üzerinde yapılan ve mevduat ilişkisi doğuracak bir işlem değildir. Nitekim maddede yer alan hizmet, bankalar tarafından cüzdan hizmetleri ve donanım çözümleri aracılığıyla bireysel veya kurumsal yatırımcılar için dijital varlıkları saklamayı, bu süreci kolaylaştırmayı ve özellikle siber saldırılara karşı kripto ve dijital varlıkları güvenle korumayı amaçlamaktadır. Bu hizmet kapsamına, saklama varlıkları için genel gereklilikler karşılandığı sürece, tokenize edilmiş hisseler veya NFT'ler gibi tüm kripto tabanlı varlıklar girer.⁶² Özellikle profesyonel ve kurumsal yatırımcılar, hırsızlık, operasyonel hatalar veya teknik aksaklıklar nedeniyle fon kaybetme riskini azaltmak için kendi özel varlıklarını yönetmemeyi tercih et-

60 Lemma, s. 198; Stupp, Hsu, s. 174.

61 Monnerat, s. 29.

62 Monnerat, s. 38.

tiklerinden, genellikle saklama hizmetlerini kullanırlar. Dijital varlık saklama hizmetleri sunan nitelikli saklama hizmeti sağlayıcıları da küresel kripto piyasaların kurumsallaşmasında önemli bir rol oynamaktadır.⁶³

Bankalarca kripto para saklama ve depolama hizmetlerine müsaade edilmesine paralel olarak İsviçre Bankacılık Kanunu'nda yapılan bir diğer değişiklik ise 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bankalar için aranan asgari sermaye miktarına ilişkin 4. maddeye eklenen yeni düzenlemeye göre Finma, bankanın mevduat müşterileri için mevduat varlıkları (*safe custody*) olarak tuttuğu kripto bazlı varlıklar için, işlemle ilgili riskler nedeniyle gerekli görülmesi halinde bir maksimum tutar belirleyebilir. Bu tutar belirlenirken özellikle kripto tabanlı varlıkların işlevi, bunların altında yatan teknolojiler ve risk azaltıcı faktörler dikkate alınır (Md. 4^{sexies}). Bu düzenleme, bankalar tarafından “mevduat sözleşmesi” tahtında olmasa da mevduat sahiplerine ait kripto bazlı varlıkları tutma imkânı olduğunu ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak son yıllarda yapılan ve yürürlüğe giren yukarıdaki Kanun değişikliklerine bütünsel bir şekilde bakıldığında, İsviçre Bankacılık Kanunu madde 37'de bağlantılı olarak madde 16'nın uygulanması kapsamında kripto para birimleri de dahil olmak üzere kripto tabanlı varlıklar, mevduat olarak değil, güvenli saklama varlıkları (menkul kıymetler) olarak bankalar tarafından kabul edilmektedir.⁶⁴ Gerçekten de anılan düzenleme ile kripto varlıklar da finansal kurum nezdinde saklanabilecek malvarlıkları arasında sayılmıştır (md. 16). Bu düzenleme ile esas olarak finansal piyasalarda aktif olan ve profesyonel bir şekilde İsviçre Bankacılık Kanunu anlamında kripto bazlı varlıkları kabul eden ve depolayan veya bu tür bir hizmet için kamuya yönelik öneride bulunan herhangi bir kişinin faaliyet lisansı alması gerekmektedir. Ancak bu düzenleme çerçevesinde banka veya banka dışı finansal hizmet sağlayıcısının, bu tür kripto bazlı varlıklara yatırım yapması veya faiz ödemesi mümkün değildir.⁶⁵

Gerek İsviçre Bankacılık Kanunu gerekse İsviçre Bankacılık Yönetmeliği hükümleri incelendiğinde; bankaların kripto varlıkları kabul etmesi, bu işlemlere aracılık etmesi ve toplu olarak saklaması gibi hususların ayrıca düzenlendiği ve bunun mevduat ilişkisi kapsamı dışında bırakıldığı görülmektedir. Nitekim İsviçre'de toplu saklamada tutulan kripto bazlı varlıklar için mevduat sigortasından faydalanma imkânının söz konusu olmadığı açıkça düzenlenmiştir.

63 Konuya ilişkin örnek bir haber için bkz. <https://www.coindesktrkiye.com/yazarlar/es-ara-ozdemir/dijital-varliklarin-saklanmasi-kripto-saklama-hizmetleri-5154> (Erişim Tarihi: 27.11.2023).

64 Monnerat, s. 30.

65 <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/switzerland>

Hatta İsviçre Bankacılık Kanunu'nun on üçüncü bölümü uyarınca mevduat sigortasından yararlanamadığı konusunda bankanın müşterileri bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü olduğu düzenlenmiştir.⁶⁶ Hal böyleyken her ne kadar İsviçre Bankacılık Kanunu kapsamında düzenleme bulsa da kripto varlıkların, mevduat sigortasından faydalanan bir mevduat ilişkisi kapsamında düzenlenmediği, bir fintek faaliyeti olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Sonuç

Kripto para teknolojisinin gelişmesi, finans sektörünün bel kemiğini oluşturan bankacılık işlem ve sözleşmelerini etkilemektedir. Kripto para, merkezizsiz ve teknik yapısı dolayısıyla geleneksel paradan farklıdır. Bu durum, kripto paranın hukuki niteliğini tartışmaya açmaktadır. Genel kabul, mevcut durumda kripto parayı resmi para birimi gibi kabul etmenin mümkün olmadığı ve bir ödeme aracı olarak değerlendirilemeyeceği yönündedir. Bununla birlikte bazı ülkelerde finansal teknolojiyi teşvik etmek ve kripto para hacmini ülke dışına kaçırmamak gibi kaygılarla çeşitli düzenlemeler ve Kanun değişiklikleri yapılmaktadır.

Bu çerçevede İsviçre Bankacılık Kanunu'nda yapılan değişikliklerle gerek bankaların gerekse banka dışı finans aktörlerinin kripto para faaliyetleri düzenleme altına alınmaktadır. Söz konusu düzenlemeler ile birlikte bankaların veya fintek lisansına sahip banka dışı finans aktörlerinin, müşterilerden kripto para kabul etmesi mümkün hale getirilmektedir. Bu durum, banka tarafından kripto para kabul edilmesinin bir mevduat ilişkisi doğurup doğurmayacağı sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Gerek İsviçre Bankacılık Kanunu'nda yapılan düzenlemeler gerekse kripto paranın nitelik ve işleyişi, bankalar tarafından kabul edilen kripto paraların mevduat olarak kabul görmesini engellemektedir. Bankaların kripto varlıklara yönelik sunduğu hizmet bir saklama hizmeti olarak kabul edilmekte, mevduat olarak değerlendirilmemekte ve buna paralel olarak mevduat sigortası kapsamına girmemektedir.

66 İlgili düzenleme için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2014/273/de> (Erişim Tarihi: 09.10.2023). Buna rağmen kripto paraların kabulünün kamu mevduatı teşkil edebileceğine ilişkin bkz. Lemma, s. 198.

KAYNAKLAR

- Akdemir Altunbaşak, Tuğçe, “Blok Zincir (Blockchain) Teknolojisi ile Vergilendirme”, *Maliye Dergisi*, Sayı 174, 2018.
- Alexander, Kern, *Principles of Banking Regulation*, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2019.
- Alt, Rainer; Stefan Huch, *Fintech Dictionary: Terminology for the Digitalized Financial World*, Springer Gabler, Wiesbaden, 2022.
- Arora, Anu, *Banking Law*, Pearson Education Limited, Edinburgh, 2014.
- Bagus, Philipp; David Howden, “Consumer Rights and Bank Contracts”, *Journal of Banking Regulation*, Sayı 24, 2023.
- Battal, Ahmet, *Güven Kurumu Niteliğindeki İşletmelerin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara, 2001.
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Kripto Para Araştırma Raporu, Ankara, 2020, <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/arastirma-raporlari/kripto-para-raporu-5f11dfe709c25.pdf> (Erişim Tarihi: 26.11.2023).
- Coen, Neasa, “Cryptocurrency For Charities – Risk Or Opportunity?”, <https://www.ifreview.com/articles/2021/july/cryptocurrency-for-charities-risk-or-opportunity/> (Erişim Tarihi: 16.05.2023).
- Çeker, Mustafa, *Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı*, Karahan Kitabevi, Adana, 2004.
- Finma, *Guidelines for Enquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings (ICOs)*, 16.02.2018, <https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitung-ico.pdf> (Erişim Tarihi: 26.11.2023).
- Gün, Umut, *Blockchain (Blokzinciri) Teknolojisinin Bankacılık ve Finans Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- Kaplanhan, Fatih, “Kripto Paranın Türk Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi: Bitcoin Örneği”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı. 353, Şubat 2018, s. 105-123.
- Kara, Uğur, *İnternet Bankacılığında Bankaların Özen Yükümlülüğü*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Kokkinis, Andreas; Andrea Miglionico, *Banking Law: Private Transactions and Regulatory Frameworks*, Routledge, 2021.
- Lemma, Valerio, *FinTech Regulation Exploring New Challenges of the Capital Markets Union*, Palgrave Macmillan, İsviçre, 2020.
- Maume, Philipp; Lena Maute; Mathias Fromberger, *The Law of Crypto Assets*, C.H. Beck, Münih, 2022.
- Monnerat, Lucien, *Krypto-Banken: Eine Übersicht der Lizenzpflichten nach dem Bankengesetz bei Entgegennahme von Kryptozahlungsmitteln für Kundenkonti mit besonderer Beurteilung der FinTech-Bewilligung nach Art. 1b BankG*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürih, 2022.
- Schwintowski, Hans-Peter, *Bankrecht*, 5. Baskı, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2018.
- Solinos, Matteo, “Trustless’ Distributed Ledgers and Custodial Services”, Ed. Iris H-Y Chiu ve Gudula Deipenbrock, *Financial Technology and Law*, Routledge, 2021.
- Staub, Herman, *Handelgesetzbuch Grosskommentar*, 3. Baskı, Cilt 3, Walter de Gruyter, Berlin, 1981.

- Stupp, Eric; Peter Ch. Hsu, “Switzerland”, *The International Comparative Legal Guide to Fintech 2017*, Global Legal Group, Mayıs 2017.
- Şener, Oruç Hami, *Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Taisch, Franco, *Finanzmarktrecht*, 2. Baskı, Schultess Juristische Medien AG, Zürich, 2010.
- Turan, Olcay, “Kripto Paranın Hukuki Düzenlemesi”, *16th International Conference on Knowledge, Economy and Management Proceedings*, <https://openaccess.izu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12436/4495/56-69%20Olcay%20Turan.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 26.11.2023).
- Wewege, Luigi; Michael C. Thomsett, *The Digital Banking Revolution: How Fintech Companies Are Transforming the Retail Banking Industry Through Disruptive Financial Innovation*, 3. Baskı, Walter de Gruyter Inc, Berlin, 2020.

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

- A. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMÜHFD) hakemli dergi statüsünde yılda iki sayı olarak (Haziran, Aralık) olarak yayımlanmakta ve **TR Dizin (ULAKBİM)**, **SOBİAD** ve **Index Copernicus International dizinleri** ile **HeinOnline**, **ICI World of Journals** ve **EBSCO veri tabanları** tarafından taranmaktadır. Eserlerin değerlendirilmesi çift kör hakem sürecine uygun olarak yapılır.
- B. Dergiye Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde makale, karar incelemesi ve mevzuat değerlendirmesi şeklindeki akademik çalışmalar kabul edilmektedir.
- C. Dergiye gönderilen eserler, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar, eser göndererek bu hususu taahhüt etmiş sayılır. Eser, DergiPark (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd>) üzerinden gönderilebilir.
- D. Dergiye değerlendirilmek üzere gönderilen bütün çalışmalarda eser sahiplerinin ORCID numarası (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası) alması ve çalışmalarında ORCID numaralarını belirtmeleri gerekir.
- E. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Editör Kurulu herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
- F. Eserlerin dergiye gönderilmesinden sonra eser değerlendirme süreci, ön inceleme aşaması, hakem değerlendirme aşaması ve gerekli olduğu takdirde düzeltme aşaması şeklinde gerçekleşir.

Dergide yayımlanmak üzere gönderilecek tüm akademik çalışmalar aşağıda verilen şekil şartlarına göre hazırlanmalıdır.

1. Gönderilen makaleler Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
2. Gönderilen makalelerin başlıkları Türkçe ve İngilizce olarak yazılmalıdır. Makale başka bir dilde yazılmış ise makalenin yazıldığı dildeki başlığı da eklenmelidir. Başlıklar, 12 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanır.
3. Başlık numaralandırmaları **I. – A. – 1. – a.** sistemini takip etmelidir. Giriş

- ve Sonuç/Değerlendirme bölümlerinde numaralandırma yapılmamalıdır. Ayrıca, makale içi başlıklandırmalar dahil olmak üzere paragraf başlarında herhangi bir girinti olmamalıdır.
4. Başlık kısmının altında iki yana yaslı olarak yazarın ismi ve büyük harflerle soy ismi yer almalıdır. Soy ismin sonuna “*” koyularak dipnotta yazarın unvanı, görevi, ORCID numarası ve iletişim bilgileri yazılmalıdır.
 5. Yazarın bilgilerinin altında “Öz” (Türkçe özet) yazılmalıdır. “Abstract” (İngilizce özet) ise Öz kısmından sonra yer almalıdır. Makalenin dili Fransızca veya Almanca ise Abstract kısmından sonra “Résumé” (Fransızca özet) veya “Zusammenfassung” (Almanca özet) yazılmalıdır. Bu kısımlar, 150-200 kelime arasında ve makaleyi özetler mahiyette olmalıdır. Öz kısmının sonunda “Anahtar kelimeler” kısmı yer almalıdır. “Keywords” ise Abstract kısmının sonuna yazılmalıdır. Fransızca veya Almanca özet yazılması halinde sonuna “Mots-clés” veya “Schlüsselwörter” eklenmelidir. Makalelerde en az 5 farklı anahtar kelimeye yer verilmelidir.
 6. Yazı içerisinde kullanılan kısaltmalar, ilk kullanımlarında açık şekilde yazılmalı ve sonunda kısaltma parantez içinde belirtilmelidir. Yazının sonunda ayrıca bir kısaltmalar cetveli eklenmemelidir.
 7. Referans ve ek açıklamalar için dipnotlar tek satır aralığı ile 10 punto ile metin içinde ilgili yerde satır üstüne küçük rakamla (1,2,3...) sıra numarası konarak verilir. Dipnotları sayfa altında gösterilir.
 8. Makale boyunca soy isimlerin yalnızca ilk harfi büyük yazılmalıdır. Yazarın birden fazla soy ismi bulunması halinde soy isimleri arasına “-” koyulmalıdır.
 9. Dipnotlarda kitaplara atıf için [yazarın adı soyadı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.
- Ör.: Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 45.
10. Dipnotlarda kitap bölümlerine atıf için [yazarın adı soyadı, “bölüm adı”, Ed. editör adı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
- Ör.: Andrea Atteriano, Maria Beatrice Deli, “An Overview of International Sanctions’ Impact on Treaties and Contracts”, Ed. Natalino Ronzitti, *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2016, s. 210.
11. Dipnotlarda makalelere atıf için [yazarın adı soyadı, “makale adı”, *dergi*

adı, cilt no., sayı no., yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalm Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110.

12. Dipnotlarda online kaynaklara atf için [(varsa) yazarın adı soyadı, (varsa) sayfa başlığı, açık adres parantez içinde erişim tarihi.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Chris McGreal, *70 Years and Half a Trillion Dollars Later: What Has the UN Achieved?*, <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/07/what-has-the-un-achieved-united-nations> (01.12.2019).

13. Dipnotlarda ansiklopedi maddelerine atf için [yazarın adı soyadı, “madde başlığı”, *ansiklopedi adı*, (varsa) cilt no., (varsa) eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: F.V. Garcia-Amador, “Organization of American States”, *Encyclopedia of Public International Law*, Cilt 6, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam, 1983, s. 277.

14. Dipnotlarda teze atf için [yazarın adı soyadı, *tezin adı*, tezin niteliği, üniversite enstitüsü ve anabilim dalı bilgileri, yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Halit Eyüp Özdemir, *Kamu İhale Kanununda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005, s. 73.

15. Tercüme eserlerde mütercimın adı yazarın adının hemen ardından parantez içinde (Terc. mütercim adı ve soy adı) şeklinde yazılır.

Ör.: Klaus Tiedemann (Terc. Ayşe Nuhoglu), *Ekonomi Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 89.

16. Aynı esere yapılacak atıflarda [yazarın soyadı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Aydın, s. 95.

17. Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda [yazarın soyadı, eserin kısaltması, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalm Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110, (Görüşler).

Ör.-2: Yavuz, Görüşler, s. 110.

18. Eserlerin ilk basılarına atıf yapılması halinde bası bilgisi belirtilmeyecektir.

Ör.: Ergun Özbudun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 50.

19. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “,” kullanılmalıdır.

20. Bir dipnot içerisinde birden fazla kaynağa atıf yapılması halinde kaynaklar arasında “;” kullanılmalıdır.

21. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Bu kısım; Türkçe makalelerde “Kaynaklar”, İngilizce makalelerde “Bibliography”, Fransızca makalelerde “Bibliographie”, Almanca makalelerde “Literatur” başlığını taşımaktadır. Faydalanılan kaynaklar soy isimlerine göre sıralanmalıdır.

22. Kaynakçada yer alan eserlerde önce yazar(lar)ın soy ismi sonrasında ise ismi yazılır. Soy isim ile isim arasına virgül koyulmalıdır. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “;” kullanılmalıdır. Diğer hususlarda dipnotlar için belirtilen kurallar kaynakça için de geçerlidir.

